

# **ULOVLIG UTBYTTEUTDELING**

Ulovlig utdeling av utbytte i aksjeselskaper som vilkår for  
tilbakeføring av midler til konkursboet

Kandidatnr: 241

Veileder: Professor Tore Bråthen

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17628 ord

25.04.2005

# Innholdsfortegnelse

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>   | <b><u>3</u></b>  |
| 1.1             | PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLINGER                                      | 3                |
| 1.2             | AVGRENSNING  | 5                |
| 1.3             | RETTSKILDER  | 6                |
| 1.4             | SKATTERETTSLIGE RETTSKILDERS BETYDNING FOR SELSKAPSRETTSLIGE PROBLEMSTILLINGER | 7                |
| 1.5             | LEGISLATIVE HENSYN BAK UTBYTTEREGLENE  | 8                |
| 1.6             | OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING  | 9                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>UTBYTTEUTDELING</u></b>  | <b><u>10</u></b> |
| 2.1             | UTGANGSPUNKTET: UTDELINGS- OG UTBYTTEBEGREPET                                  | 10               |
| 2.1.1           | DET SKATTERETTSLIGE CONTRA DET AKSJERETTSLIGE UTBYTTEBEGREPET                  | 11               |
| 2.1.2           | ÅPEN CONTRA MASKERT UTBYTTEUTDELING  | 11               |
| 2.1.3           | OVERFØRING AV VERDIER  | 12               |
| 2.1.4           | OVERFØRING FRA SELSKAPET   | 16               |
| 2.1.5           | OVERFØRING SOM DIREKTE ELLER INDIREKTE KOMMER AKSJEEIEREN TIL GODE             | 16               |
| 2.1.6           | VERDIVURDERINGEN   | 18               |
| 2.1.7           | KRAVET OM ÅRSÅKSSAMMENHENG   | 19               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>AKSJELOVENS UTBYTTEBEGRENSNINGER</u></b>                                 | <b><u>22</u></b> |
| 3.1             | INNLEDNING   | 22               |
| 3.1.1           | MATERIELLE VILKÅR  | 22               |
| 3.1.2           | FORMELLE VILKÅR  | 24               |
| 3.1.2.1         | Utbyttebeslutningen  | 24               |
| 3.1.2.2         | Styreforslag   | 25               |
| 3.1.3           | VEDTEKTSBESTEMTE ELLER AVTALEMESSIGE BEGRENSNINGER                             | 26               |
| <b><u>4</u></b> | <b><u>ULOVLIG UTBYTTEUTDELING</u></b>  | <b><u>28</u></b> |
| 4.1             | KORT OM AKSJERETTSLIGE KONSEKVENSER  | 28               |
| 4.2             | KORT OM SKATTERETTSLIGE KONSEKVENSER   | 29               |

|                  |   |                  |
|------------------|---|------------------|
| <b>4.3</b>       | <b>LOVLIGHETSPRØVINGEN: HVILKEN INTERESSE IVARETAR BESTEMMELSEN?</b>          | <b>30</b>        |
| <b>4.4</b>       | <b>TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN AV UTBYTTETS LOVLIGHET</b>                     | <b>32</b>        |
| <b><u>5</u></b>  | <b><u>BRUDD PÅ DE MATERIELLE REGLENE</u></b>                                  | <b><u>33</u></b> |
| <b>5.1</b>       | <b>ASL. § 8-1</b>   | <b>33</b>        |
| 5.1.1            | ”SPERREREGEL”?  | 35               |
| 5.1.2            | FORSKUDDSTUTBYTTE   | 39               |
| 5.1.3            | 10 % - REGELEN  | 41               |
| 5.1.4            | FORSIKTIGHETSREGELEN OG FORSVARLIGHETSPRINSIPPET                              | 41               |
| 5.1.5            | REGNSKAPSLOVEN  | 44               |
| <b><u>6</u></b>  | <b><u>BRUDD PÅ VEDTEKTSBESTEMMELSER ELLER AVTALEMESSIGE BEGRENSNINGER</u></b> | <b><u>46</u></b> |
| <b><u>7</u></b>  | <b><u>BRUDD PÅ DE FORMELLE REGLENE</u></b>                                    | <b><u>48</u></b> |
| <b>7.1</b>       | <b>AKSJELOVENS SAKSBEHANDLINGSREGLER GENERELT</b>                             | <b>48</b>        |
| <b>7.2</b>       | <b>KAUSALITETSKRAVET</b>  | <b>50</b>        |
| <b>7.3</b>       | <b>REPARASJON OG GODKJENNELSE</b>   | <b>52</b>        |
| 7.3.1            | AKSJERETTSLIG   | 52               |
| 7.3.2            | SKATTERETTSLIG  | 54               |
| <b>7.4</b>       | <b>ASL. § 8-2</b>   | <b>56</b>        |
| <b><u>8</u></b>  | <b><u>LITTERATURLISTE</u></b>   | <b><u>64</u></b> |
| <b><u>9</u></b>  | <b><u>FORKORTELSER</u></b>  | <b><u>68</u></b> |
| <b><u>10</u></b> | <b><u>LOVREGISTER</u></b>   | <b><u>69</u></b> |
| <b><u>11</u></b> | <b><u>FORARBEIDER</u></b>   | <b><u>70</u></b> |
| <b><u>12</u></b> | <b><u>DOMSREGISTER</u></b>  | <b><u>71</u></b> |

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstillinger

Formålet med å opprette et aksjeselskap, er vanligvis å skaffe aksjeeierne økonomisk avkastning på den innskutte risikokapitalen.<sup>1</sup> Den viktigste formen for avkastning er utdeling av utbytte.

Denne oppgaven omhandler ulovlig utbytteutdeling i aksjeselskaper (AS). Aksjeeierne kan ikke fritt disponere over selskapets formue til fordel for seg selv. Begrunnelsen er det begrensede ansvar aksjeeierne har i aksjeselskaper, jf. asl. § 1-2. Aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 (asl.) oppstiller derfor utdelingsbegrensninger for å beskytte selskapskapitalen, herunder utbyttereglene i asl. kap. 8.<sup>2</sup> Hensynet til kreditorene står helt sentralt ved utformingen av slike regler.

Utgangspunktet for å avgjøre om en utbytteutdeling fra selskapet er ulovlig, er asl. § 3-7 sammenholdt med asl. kap. 8. I henhold til asl. § 3-7 første ledd første punktum kan et utbetalt utbytte kreves tilbakeført dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Hva som er et ulovlig eller lovlig utbytte fremgår ikke eksplisitt. Et vilkår for tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum er for det første at det har ”skjedd en utdeling fra selskapet”, i tillegg til at utdelingen må være ”i strid med bestemmelsene i loven”.

Hovedformålet med oppgaven er å fremstille vilkårene for tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum. I denne forbindelse vil jeg ta for meg utbetalinger i strid med aksjelovens materielle og formelle utbytteregler, samt vedtektsbestemmelser.

Konkursboet kan tre inn i selskapets tilbakeføringskrav.<sup>3</sup> Oppgavens problemstilling skal ses fra et konkursbos ståsted. For å skaffe midler til dekning av fordringshavernes krav kan konkursboet velge om det vil påberope seg et tilbakeføringskrav på selskapsrettslig og/eller konkursrettslig grunnlag, dersom vilkårene i de respektive lover

---

<sup>1</sup> Jf. asl. § 2-2 annet ledd forutsetningsvis, Augdahl 1959 s. 100.

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 14.

<sup>3</sup> RG 1992 s. 707 (Karmsund).

er oppfylt.<sup>4</sup> Oppgaven drøftes kun ut fra en selskapsrettslig synsvinkel, jf. asl. § 3-7. Bestemmelsen må sees i sammenheng med asl. § 3-6, og blir i praksis vanligvis påberopt ved et aksjeselskaps konkurs.<sup>5</sup>

Et hovedformål bak 1997-loven var å gi selskapskreditorene bedre beskyttelse enn etter 1976-loven, ved å sette større fokus på sikring av selskapets egenkapitalgrunnlag.<sup>6</sup> Det er helt avgjørende for kreditorene at selskapet har en formue, slik at de kan oppnå dekning for sine krav. Ifølge forarbeidene økte antall konkurser i aksjeselskaper på 1980 og -90-tallet betraktelig, og konkursstatistikken viser at dekningsprosenten gjennomgående var svært lav i de fleste konkursboene.<sup>7</sup> På denne bakgrunn, og sett i lys av at ordningen med reservefond ble opphevet, innførte lovgiveren et minimumskrav til egenkapitalens størrelse for at selskapet kan utdele utbytte, jf. asl. § 8-1 annet ledd.<sup>8</sup> En annen regel som ble innført for å bedre egenkapitaldekningen og ivareta kreditorhensynet, er det generelle forsvarlighetskravet i asl. § 3-4. Samtidig ble det innført en handleplikt for styret i to ulike kapitaltapssituasjoner, jf. asl. § 3-5.<sup>9</sup>

Oppgaven vil også belyse skatterettslige konsekvenser av et ulovlig utbytte, både i forhold til aksjelovens materielle og formelle regler. Paralleller vil bli trukket mellom aksjelovgivningen og skattelovgivningen underveis. For å oppnå et helhetlig bilde av oppgavens tema blir såkalt ”maskert utbytte” berørt, i tillegg til utdelinger som åpenbart strider mot utbytteregele i asl. kap. 8.

---

<sup>4</sup> Giertsen, JV nr. 4/2003 s. 249. Jf. deknl. kap. 5.

<sup>5</sup> Keiserud 2000 s. 469.

<sup>6</sup> NOU 1992:29 s. 38.

<sup>7</sup> NOU 1992:29 s. 37.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 43.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52 og NOU 1996:3 s. 102.

## 1.2 Avgrensning

Den aksjerettslige grunnregel innebærer at selskapsmidlene ikke lovlig kan deles ut til aksjeeierne med mindre det skjer etter ett av de fem regelsett som er angitt i asl. § 3-6 første ledd.<sup>10</sup> Av plasshensyn har jeg valgt å avgrense mot en behandling av utdelinger i strid med reglene om kapitalnedsettelse, fusjon eller fisjon av selskaper og tilbakebetaling etter oppløsning.<sup>11</sup> Jeg vil kun ta for meg ulovlig utbytteutdeling i AS. Utbytteutdeling i allmennaksjeselskaper blir ikke behandlet. Løsningene vil imidlertid stort sett være sammenfallende, fordi bestemmelsene i aksjelovene nærmest er identiske. Begrunnelsen for at jeg kun behandler ulovlig utbytteutdeling, er at asl. § 3-7 (og asl. 1976 § 12-8) særlig er påberopt når selskapet anses for å ha utbetalt utbytte i strid med reglene i asl. kap. 8. Dette skyldes bl.a. utbyttereglenes ”generelle karakter”, jf. punkt 2.1.

Fordi temaet ulovlig utbytteutdeling er svært omfattende, vil kun asl. § 8-1 og § 8-2 i utbyttekapitlet behandles. Det avgrenses dermed mot asl. § 8-3 om utbetaling av utbytte og utsultingsregelen i asl. § 8-4. Oppgaven vil derfor ikke gi et fullstendig bilde av temaet, men likevel omhandle de grunnleggende utbyttereglene. Bestemmelsene i asl. § 8-5 om konsernbidrag, § 8-6 om selskapets adgang til å gi gaver og § 8-7 til § 8-11 om selskapets adgang til å yte visse former for kreditt og sikkerhet faller utenfor rammen av oppgaven.

Ulovlighet som skyldes brudd på likhetsprinsippet i asl. § 4-1 og generalklausulene i asl. § 5-21 og § 6-28 er for omfattende til å behandles her. Av plasshensyn avgrenses det også mot strafferettslige sanksjoner, jf. asl. § 19-1 første til tredje ledd, og den alminnelige erstatningsregelen i asl. § 17-1. Erstatningsregelen har begrenset betydning ved siden av den spesielle ansvarsregelen i asl. § 3-7 annet ledd.

Selskapets erverv av egne aksjer er beslektet med utdelinger, men omfattes ikke av asl. § 3-6 og blir ikke behandlet her.

---

<sup>10</sup> NOU 1996:3 s. 102. Utdelingsmåtene er uttømmende, jf. NOU 1992:29 s. 91 og Ot.prp.nr. 36 (1993-1994) s. 175.

<sup>11</sup> Jf. asl. kap. 12, 13, 14 og 16.

### 1.3 Rettskilder

Utgangspunktet ved løsningen av rettsspørsmål om ulovlige utbytteutdelinger og tilbakeføringsplikten som dermed oppstår, er ordlyden i asl. § 3-6 jf. § 8-1, § 8-2 og § 3-7 første ledd første punktum. Forarbeidene gir lite veiledning ved tolkningen av hvordan bestemmelsene skal forstås. Aksjelovene har to sett forarbeider. Årsaken er at det første settet utarbeidet av Aarbakke-utvalget måtte vike da Justiskomiteen bestemte seg for å ha to lover.<sup>12</sup> Selvig-utvalget bygget mye av utredningen på de første forarbeidene, og det første settet vil derfor fremdeles ha stor vekt.<sup>13</sup> Ved motstrid går det nyeste settet foran i henhold til lex posterior-prinsippet. Forarbeidene til 1976-loven er også sentrale, fordi mange av bestemmelsene i det vesentlige er videreført i 1997-loven.<sup>14</sup>

Det finnes noe høyesterettspraksis og upublisert underrettspraksis som kan gi argumenter ved tolkningen av asl. § 3-7 og utbytteregele i asl. kap. 8.<sup>15</sup> Den begrensede rettspraksisen kan skyldes at aksjeeierne løser konfliktene før de kommer for retten, eller at boet i konkursrettslig sammenheng som regel påberoper seg omstøtelsesreglene i dekn. kap. 5 når ulovlige utbytteutdelinger skal gjenvinnes.<sup>16</sup>

Justisdepartementets lovavdelings uttalelser om tolkningen av aksjelovgivningen er tradisjonelt tillagt stor vekt, jf. f.eks. Oslo tingretts dom 20. mars 2003. Flere teoretikere er imidlertid kritiske til å tillegge uttalelsene særlig vekt, fordi kvaliteten kan variere, jf. punkt 5.1.1 om ”sperreregelen”.

---

<sup>12</sup> NOU 1992:29, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994), Innst. O. nr. 45 (1994-1995), Bråthen, Lov og Rett nr. 7/1997 s. 515 flg.

<sup>13</sup> NOU 1996:3, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) og Innst. O. nr. 80 (1996-1997).

<sup>14</sup> Innst. 1970, Ot.prp. nr. 19 (1974 -1975), Innst. O. nr. 50 (1975-1976).

<sup>15</sup> Jf. bl.a. Rt 1929 s. 503, Rt 1995 s. 1026, Rt 2003 s. 1501, Eidsivating lagmannsretts dom 22. oktober 1990 og dom 5. februar 2002. Borgarting lagmannsretts dom 29. mai 1988 (”Norion Bank”-dommen) gjelder direkte kapitalnedsettelse, men behandler asl. § 3-7.

<sup>16</sup> RG 1992 s. 707 og Rt 1997 s. 1623. I Rt 1998 s. 1042 fremmet boet tilbakeføringskrav både på konkurs- og selskapsrettslig grunnlag.

Ettersom oppgavens tema er lite behandlet i norske rettskilder, får svenske og danske rettskilder på området relativt stor vekt. Jeg har benyttet nordiske rettskilder for å fastlegge innholdet av og belyse de norske reglene. Asl. 1976 ble til på grunnlag av et felles nordisk utredningssamarbeid.<sup>17</sup> Siden bestemmelsene i hovedsak er videreført i dagens nordiske aksjelover, er det store likheter mellom utbyttreglene og tilbakeføringsreglen i disse landene. Rettspraksis og teori fra svensk og dansk rett vil fremdeles være av rettskildemessig betydning, men man bør utvise forsiktighet med å overføre rettslige argumenter til norsk rett uten videre.<sup>18</sup>

De nordiske landene er dessuten forpliktet til å gjennomføre EUs selskapsdirektiver. Annet selskapsdirektiv art. 15 pålegger medlemsstatene å ivareta prinsippet om at utbytteutdeling forutsetter at selskapet har fri egenkapital, og art. 16 angir en tilbakeføringsplikt for å sikre en effektiv etterlevelse av art. 15.<sup>19</sup> Art. 15 og 16 kan her komme inn som tolkningsmomenter.

Bestemmelser som tilsvarer tilbakeføringsreglen i asl. § 3-7 finnes i ABL 12:5, DAL § 113 og DAPL § 48. Videre er regler som både i teknisk utforming og innhold i hovedsak tilsvarer de norske utbyttreglene i asl. § 8-1 og § 8-2, inntatt i ABL 12:2 og 12:3 første ledd og DAL § 110 og § 112.<sup>20</sup>

#### 1.4 Skatterettslige rettskilders betydning for selskapsrettslige problemstillinger

Et viktig metodespørsmål er hvilken relevans og vekt skatterettslige kilder har ved avgjørelsen av aksjeselskapsrettslige problemstillinger. Spørsmålet er lite behandlet i norsk privatrett.

---

<sup>17</sup> Om lovsamarbeidet se Skåre TfR nr. 4/1988 s. 606 flg. og Krüger Andersen til Lassen 1997 s. 41.

<sup>18</sup> Bråthen 2002 s. 32. I Rt 2003 s. 1501 benyttet Høyesterett svensk og dansk litteratur som rettskilder, jf. Andersson m.fl. del II kap. 10-19 og Werlauff 1983 s. 547.

<sup>19</sup> 77/91/EØF av 13. desember 1976, kalt "kapitaldirektivet". Werlauff 1999 s. 187 flg. Direktivet gjelder direkte allmennaksjeselskaper, men har betydning for aksjeselskaper pga. lovenes likhet. Forslag til endringer fremsatt 21. september 2004/KOM (2004). Sundby, TfF nr. 4/2003 s. 427 flg.

<sup>20</sup> Lindskog 1994 s. 32 flg., Schans Christensen 2003 s. 513 flg. I Sverige er ny aksjelov under utarbeidelse, jf. SOU 2001:1 og SOU 1997:168.



Et utbytte fra aksjeselskaper anses som skattepliktig inntekt for aksjeeieren, jf. sktl. § 10-11 første ledd.<sup>21</sup> I praksis er det oftest forsøk på omgåelse av skattereglene som medfører at en utbetaling utgjør et ulovlig utbytte, typisk ved såkalt ”maskert utbytte”. Problemet må likevel ikke undervurderes på det aksjerettslige plan.

Hensynene bak skattelovgivningen er hovedsakelig andre enn de som begrunner aksjelovgivningen. Skattereglene har primært et fiskalt formål, mens hensynet til kreditorene og aksjeeierne står mest sentralt i aksjeloven.<sup>22</sup> Dette taler mot at skatterettslige rettskilder tillegges vekt ved løsningen av aksjerettslige problemstillinger. I privatretten er hovedregelen at man står nokså fritt i forhold til skatterettslige løsninger.<sup>23</sup> Fordi skattereglene ofte bygger på selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler, vil det imidlertid være fellestrekk mellom skatterettslige og aksjerettslige definisjoner og regler.<sup>24</sup> Et eksempel er utbyttedefinisjonene i asl. § 3-6 og sktl. § 10-11 annet ledd. Skatterettslig praksis og teori vedrørende utbyttereglerne er derfor i høyeste grad relevant, om ikke av betydelig vekt, ved avgjørelsen av aksjerettslige spørsmål. Jeg benytter skatterettslige kilder i oppgaven der de kan ha betydning for avgjørelsen av aksjerettslige problemstillinger.

### 1.5 Legislative hensyn bak utbyttereglerne

Etter aksjelovgivningens system begrenses en aksjeeiers handlefrihet av tre typer regelsett.

Det første regelsettet skal ivareta kreditorinteressen, herunder utbyttereglerne i asl. kap. 8. Det andre regelsettet skal ivareta aksjeeiernes interesser, særlig minoritetsinteressen. Aksjeeierne har, som kreditorene, en felles interesse i at selskapet ikke tappes for kapital, fordi de selv rammes dersom innskuddet går tapt, jf. bl.a. asl. § 8-1, § 3-4 og § 3-7 første ledd første punktum.<sup>25</sup> Det tredje regelsettet ivaretar selskapsinteressen, gjennom funksjonsfordelingsregler mellom selskapsorganene. De nevnte interesser er

---

<sup>21</sup> Jf. sktl. § 5-20 og § 5-30.

<sup>22</sup> Zimmer 2001 s. 32.

<sup>23</sup> Giertsen 1999 s. 56.

<sup>24</sup> Gjems-Onstad 2003 s. 86.

<sup>25</sup> Bråthen 2004 s. 22.

ofte innbyrdes motstridende, slik at de ikke kan ivaretas maksimalt, selv om de også kan være sammenfallende. Kreditorvernet må i visse tilfeller vike. Utbyttereglenes konstruksjon er et resultat av lovgivers avveining mellom aksjeeiernes interesse i kapitalavkastning, bredere samfunnshensyn som tilsier at det bør gis utbytte og kreditorenes interesse i at selskapet har et visst egenkapitalgrunnlag. I praksis oppstår det hyppig konflikter eksternt mellom selskapskreditorene og aksjeeierne om hvordan selskapsmidlene skal disponeres, og internt mellom majoritets- og minoritetsaksjeeierne.

## 1.6 Oversikt over den videre fremstilling

Oppgaven består av seks hoveddeler. Jeg vil i det følgende ta for meg vilkårene for tilbakeføringsplikten etter asl. § 3-7 første ledd første punktum. I del to redegjøres det for hva som anses som en "utdeling" fra selskapet, og således faller inn under utbyttebegrepet. I del tre gis en kort oversikt over aksjelovens utbytteregler og medfølgende begrensninger. I del fire til sju behandles oppgavens hovedtema ulovlig utbytteutdeling, dvs. utbytteutdeling "i strid med bestemmelsene" i aksjeloven. Ulovlighet som skyldes brudd på aksjelovens materielle og formelle regler og på vedtektsbestemmelser behandles hver for seg.

## 2 Utbytteutdeling

### 2.1 Utgangspunktet: Utdelings- og utbyttebegrepet

Tilbakeføringsplikten forutsetter for det første at det har skjedd en ”utdeling” fra selskapet, jf. asl. § 3-7 første ledd første punktum. Legaldefinisjonen i asl. § 3-6 annet ledd av begrepet ”utdeling” omfatter ”enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode”. Begrepet består av tre ulike elementer, som det redegjøres for i punkt 2.1.3 flg.

Det første spørsmålet en må ta stilling til er om selskapets disposisjon omfattes av utdelingsbegrepet. Ellers gjelder ikke lovens utdelingsskranker. Faller disposisjonen inn under begrepet, må det avgjøres hvilket regelsett i asl. § 3-6 første ledd som får anvendelse.

Til tross for den uklare ordlyden i asl. § 3-6 første ledd, er lovgivers intensjon at utbetaling på aksjer er utbytte i lovens forstand, med mindre de andre regelsettene kommer til anvendelse.<sup>26</sup> Utbyttebegrepet er følgelig negativt avgrenset, og defineres indirekte gjennom utdelingsdefinisjonen.<sup>27</sup> Innholdsmessig er utbytte en underordnet kategori av utdelingsbegrepet. Kjernen i begge begreper er at det må finne sted en ”overføring av verdier”, jf. punkt 2.1.3. Fordi en disposisjon som ikke faller inn under de andre regelsettene, eller ikke er forsøkt knyttet opp mot dem, skal bedømmes etter utbyttereglene, anses de for å være av ”generell karakter”.<sup>28</sup> Om disposisjonen er lovlig beror på om de materielle og formelle utbyttereglene er fulgt.

Det kan spørres om utdelingsbegrepene i asl. § 3-7 første ledd og § 3-6 annet ledd er sammenfallende. I juridisk teori antas det at begrepet skal forstås likt i begge

---

<sup>26</sup> NOU 1992:29 s.168, Andenæs 1998 s. 329.

<sup>27</sup> Utbyttereglenes negativt angitte anvendelsesområde fremgikk eksplisitt av asl. 1976 § 12-4 første ledd. Det foreligger ingen realitetsendring, jf. NOU 1996:3 s. 102.

<sup>28</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 191.

bestemmelser.<sup>29</sup> Synspunktet støttes av hensynet til konsekvens og harmoni i aksjelovgivningen, og må etter mitt syn anses korrekt.

### 2.1.1 Det skatterettslige contra det aksjerettslige utbyttebegrepet

Det skatterettslige utbyttebegrepet er videre utformet enn det aksjerettslige, og omfatter både utbytte etter asl. kap. 8 og enhver annen ”utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”, jf. sktl. § 10-11 annet ledd.<sup>30</sup>

Utbyttebegrepene er selvstendige, og utdelingen må vurderes konkret opp mot de respektive lovers definisjoner, for å se om den er lovlig aksjerettslig og skatterettslig. Konsekvensen er at utdelingen kan klassifiseres som et skatterettslig lovlig utbytte, mens den ikke anses som et selskapsrettslig utbytte.<sup>31</sup> Det skatterettslige utbyttebegrepets funksjon er å avgjøre om aksjeeieren har skatteplikt, uavhengig av om utbyttet er lovlig eller ulovlig.

Aksjelovens og skattelovens utbyttebegreper er nært beslektet.<sup>32</sup> Et vilkår for å anse noe som utbytte, er etter begge lover at det foreligger en ”utdeling”, jf. asl. § 3-6 og sktl. § 10-11 annet ledd. Etter sktl. § 10-11 annet ledd foreligger det en skatterettslig utdeling, hvis verdioverføringen er ensidig og ”vederlagsfri”. Kjernen i definisjonen tilsvarer det aksjerettslige utdelingsbegrepet, selv om begrepet ”vederlagsfri” ikke fremgår eksplisitt av asl. § 3-6 annet ledd.

### 2.1.2 Åpen contra maskert utbytteutdeling

I aksjeselskapsretten går et grunnleggende skille mellom ”åpne” (synlige) og ”maskerte” (skjulte) utbytteutdelinger. Den vanlige utbytteutdelingen er åpen, og foretas ved en årlig kontant utbetaling til aksjeeierne etter beslutning på ordinær generalforsamling, dvs. etter de i asl. § 8-1 flg. foreskrevne måter.

---

<sup>29</sup> Andenæs 1998 s. 341.

<sup>30</sup> Gjems-Onstad 2003 s. 454.

<sup>31</sup> Rt 1933 s. 1080, Utv. II s. 608.

<sup>32</sup> Zimmer/BAHR 2001 s. 277.

Utdelingene kan også være av mer atypisk karakter, såkalt ”maskert utbytte”. Hva aksjeselskapet kaller overføringen er ikke avgjørende, kun det innholdsmessige teller. Maskerte utdelinger kan være komplekse, og derfor vanskelige for boet å avdekke. Det finnes mange typetilfeller, jf. punkt 2.1.3. Det karakteristiske for slike utdelinger er at formkravene i asl. § 8-2, og ofte også de materielle utbyttereglerne i asl. § 8-1, ikke følges. Årsaken til at de forekommer hyppig i praksis, er at lovskrankene i asl. § 3-6 jf. kap. 8 aktualiserer omgåelsesforsøk fra selskapets side. Omgåelsesforsøkene skyldes typisk skattelovgivningen, unndragelse av midler fra kreditorer, eller utsulting av minoritetsaksjeeierne.<sup>33</sup>

Begrepet ”maskert utbytte” har ingen klar definisjon. Temaet er lite behandlet i norsk aksjeselskapsrett, i motsetning til i svensk og dansk rett. I juridisk teori har Aarbakke m.fl. definert begrepet som *”en verdioverføring fra selskapet til en aksjeeier i forbindelse med noe som fremstår som et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold”*.<sup>34</sup>

Også maskerte utbytteutdelinger skal bedømmes etter aksjelovens regler og prinsipper, fordi utdelingsdefinisjonen i asl. § 3-6 annet ledd omfatter denne type utdelinger.<sup>35</sup> Ellers kunne selskapet uten legale skranker tappes for kapital slik at kreditorene påføres tap. Utdelingens lovlighet beror på om de preseptoriske reglene i asl. kap. 8 er overholdt. Hvorvidt asl. § 8-2 er preseptorisk blir drøftet i pkt 7.4. Konklusjonen er trolig avgjørende for om maskert utbytte er ulovlig etter norsk rett. Hovedregelen i svensk rett er at ABL gis analogisk anvendelse på maskerte utdelinger.<sup>36</sup>

### 2.1.3 Overføring av verdier

Det sentrale elementet i utdelings- og utbyttebegrepet er det objektive kravet om verdioverføring.<sup>37</sup> Spørsmålet er hva som skal til for at en disposisjon innebærer en ”overføring av verdier”, jf. asl. § 3-6 annet ledd.

---

<sup>33</sup> Andersson 1995 s. 406.

<sup>34</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 163, Andenæs 1998 s. 330. Tilsvarende Andersson 2000 s. 77.

<sup>35</sup> Innst. 1970 s. 173, NOU 1996:3 s. 102.

<sup>36</sup> NJA 1995 s. 742, Andersson 2000 s. 79.

<sup>37</sup> Woxholth 2004 s. 183.

Alle typer økonomiske goder omfattes i prinsippet av utdelingsdefinisjonen, jf. begrepet ”enhver overføring” i asl. § 3-6 annet ledd.<sup>38</sup> Vanligst er den typiske utbytteutdelingen i kontanter, som beslutes årlig på selskapets ordinære generalforsamling.

Utdelingsdefinisjonen skal ha et vidt anvendelsesområde.<sup>39</sup> Derfor omfattes også utdeling av bl.a. løsørengenstander, fordringer, aksjer, alle former for verdipapirer, immaterielle rettigheter og tjenester. Høyesterett fastslo i Rt 1989 s. 545 (skattesak) at overdragelse av fast eiendom faller inn under utdelingsbegrepet. I denne saken hadde selskapet ikke fått vederlag for underprisen, og differansen mellom eiendommens verdi og tilbakeskjøtningsprisen ble skattlagt som utbytte. Verdidifferansen utgjorde et ulovlig maskert utbytte.

Ettergir selskapet en fordring det har på aksjeeieren, f.eks. et utbetjent lån, vil verdioverføringen anses som et maskert utbytte, jf. Rt 1993 s. 1518.<sup>40</sup> Tilsvarende gjelder hvis selskapet betaler aksjeeierens utgifter og gjeld, f.eks. skyldig skatt. I Rt 2000 s. 2033 (”Sundal Collier”) var spørsmålet for Høyesterett om utbyttereglene fikk anvendelse på et rådgivningshonorar. Siden rådgivningen medførte at samtlige aksjer i selskapet ble solgt, anførte motparten CHS Electronics AS at rådgivningsoppdraget tjente aksjeeiernes særlige interesser, og at honoraret derfor måtte anses som utbytte. Retten konkluderte enstemmig med at utbyttereglene ikke fikk anvendelse, fordi det sentrale formålet med rådgivningen var å videreføre selskapsinteressen. Det prinsipielle ved dommen er at Høyesterett oppstilte et vilkår om at rådgivningen må innebære en ”klar særfordel” for de selgende aksjeeierne, dersom utbyttereglene skal få anvendelse. Vilkårets ordlyd taler for at det må tolkes strengt. Er det oppfylt, er det klart at rådgivningshonorarer kan bli ansett som utbytte.

Det er ikke noe vilkår at selskapets egenkapital reduseres tilsvarende med det beløp aksjeeieren mottar.<sup>41</sup> Årsaken er f.eks. at eiendelen etter sin art ikke kan aktiveres, eller at selskapet med hensikt har balanseført eiendelen uten å oppgi noen verdi. Overføringen anses likevel som utbytte.

---

<sup>38</sup> Andenæs 1998 s. 330, Aarbakke m.fl. 2004 s. 192.

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 186.

<sup>40</sup> Utv. 1969 s. 131 URD.

<sup>41</sup> Berge m.fl. 2002 s. 17.

Ordlyden i asl. § 3-6 annet ledd taler for at kun ensidige verdioverføringer fra selskapet omfattes. Det fremgår derimot av forarbeidene og rettspraksis at utdeling kan foreligge for den overskytende verdi, hvis aksjeeierens motytelse understiger selskapets ytelse.<sup>42</sup> Verdidifferansen representerer det maskerte utbyttet. Her fremheves elementet av vederlagsfrihet, slik det eksplisitt angis i sktl. § 10-11 annet ledd.

Etter norsk rett utgjør enhver objektiv verdidifferanse en utdeling, dersom den ikke kan begrunnes forretningsmessig. Hensynet bak hovedregelen er kreditorvernet. Modifikasjoner kan tenkes hvis ytelsens verdi er vanskelig å fastslå, pga. dens omfang eller kvalitet. Kravet om ”klart misforhold” mellom ytelsene, utledet av skatterettslig praksis rundt sktl. § 10-11, kan neppe legges til grunn. Årsaken er at asl. § 3-6 annet ledd ikke har et beskatningsformål.<sup>43</sup> I Norge er den aksjerettslige bedømmelsen av verdidifferansen derfor strengere enn den skatterettslige.<sup>44</sup>

Problemet er å finne ut om et maskert utbytte er innbakt i en formuerettslig avtale. Rettsforholdet må tolkes for å kartlegge om motytelse foreligger fra aksjeeieren.<sup>45</sup> Utgangspunktet for bedømmelsen må være om ytelsen er gitt aksjeeieren på mer fordelaktige vilkår enn en tredjemann ville fått på forretningsmessige vilkår.<sup>46</sup> Andersson har oppstilt en to-trinns modell for å avgjøre om noe er et maskert utbytte etter svensk rett.<sup>47</sup> For det første må det foreligge en objektiv verdidifferanse mellom ytelsene. For det annet oppstilles et subjektivt krav om at selskapet må vite at utdelingen ikke har en forretningsmessig begrunnelse.

Man kan spørre om det ville vært hensiktsmessig å innføre et subjektivt krav i norsk rett i tillegg til en objektiv verdidifferanse. Hensynet til et bedre omsetningsvern taler for at selskapets formål med utdelingen bør tillegges vekt. Samtidig vil kreditorvernet svekkes betraktelig, fordi det kan være vanskelig å avgjøre hva selskapets formål med

---

<sup>42</sup> Innst. 1970 s. 173, NOU 1996:3 s. 102.

<sup>43</sup> Rt 1928 s. 540 og Rt 1939 s. 699 (skattesaker).

<sup>44</sup> Motsatt i svensk og dansk rett jf. Andersson 1995 s. 298.

<sup>45</sup> Temaet er omdiskutert. Andersson 1995 s. 388 flg.

<sup>46</sup> Krüger Andersen 1997 s. 219, jf. U 1997 p. 444H.

<sup>47</sup> Andersson 2000 s. 77.

utdelingen har vært. Etter min mening taler hensynet til kreditorene og aksjeeierne (særlig minoriteten) sterkt for at dagens hovedregel bør forbli uendret.

Skoleeksemplet på maskert utbytte er at aksjeeieren i henhold til avtale med selskapet skal betale underpris for selskapets eiendeler, eller at selskapet skal kjøpe aksjeeierens eiendeler til overpris.<sup>48</sup> Til illustrasjon kan nevnes RG 1992 s. 707 (Karmsund). I denne saken ble aksjeeieren C, som eide 100 % av aksjene i selskap A og 75 % av aksjene i selskap B, pålagt å restituere den ulovlige utbytteutbetalingen til boet.<sup>49</sup>

Forretningseiendommen selskap A overdro til selskap B til underpris hadde en markedsverdi på kr. 7 mill. Det forelå en verdidifferanse på kr. 1,669 mill. mellom ytelsene i favør av C, og dermed et maskert utbytte i strid med asl. § 8-1 og § 8-2.

Et annet eksempel er Eidsivating lagmannsretts dom 22. oktober 1990. Lagmannsretten fant at aksjeeierens uttak av aksjer i selskapet Noresi AS uten nødvendig motytelse var i strid med de materielle og formelle reglene i asl. 1976 § 12-5 og § 12-6 (nåværende asl. § 8-1 og § 8-2). Aksjeeieren ble pålagt å tilbakeføre det ulovlige maskerte utbyttet til avviklingsstyret.

Yter selskapet lån til aksjeeieren på gunstige vilkår, f.eks. til svært lav rente eller rentefritt, representerer ytelsen en utbytteutdeling.<sup>50</sup> Er aksjeeieren insolvent på selskapets ytelsestidspunkt, vil verdioverføringen anses som maskert utbytte, fordi tilbakebetaling ikke kan påregnes.<sup>51</sup> Tilsvarende gjelder selskapets sikkerhetsstillelse o.l. overfor aksjeeieren. Videre må aksjeeierens vederlagsfrie bruk/leie av selskapets eiendeler eller tjenester, f.eks. av bolig, bil eller gratis overnatting på hotell man er deleier i, bedømmes som utbytte dersom fordelene utgjør en ikke ubetydelig verdi.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Andersson 1995 s. 388 flg.

<sup>49</sup> Tilbakeføringsplikten bortfalt pga. lempning.

<sup>50</sup> Rodhe 2002 s. 105.

<sup>51</sup> Andenæs 1998 s. 331, Aarbakke m.fl. 2004 s. 193. Tilsvarende NJA 1951 s. 6 ("Suecia"-dommen) og Andersson 1995 s. 449. Aksjeeierens betalingsevne skal ifølge svensk Høyesterett prøves i to ledd: 1) Var aksjeeieren insuffisient på lånetidspunktet? 2) Var tilstanden forbigående? Er svaret på spørsmålene hhv. ja og nei, anses aksjeeieren insolvent på ytelsestidspunktet.

<sup>52</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 192.



Tegner selskapet aksjer til overkurs i et annet selskap aksjeeieren eier, kan det utgjøre et maskert utbytte, selv om aksjetegning til overkurs er ganske vanlig i praksis.

Et problem som ofte oppstår i familieselskaper, hvor aksjene er fordelt på én eller få hender, er om selskapet i realiteten har overført verdier. Høyesteretts uttalelse i Rt 1974 s. 1056 (skattesak) vedrørende beviskrav for om verdier er overført, er relevant i denne forbindelse.<sup>53</sup> Retten fastslo at når man kommer til at selskapet har opptjent verdier, men de ikke finnes i selskapet og det ikke kan etterspores hvor de har blitt av, må det kunne legges til grunn at midlene har tilflytt aksjeeieren, med mindre han påviser omstendigheter som taler mot dette. Dommen antas å ha betydning ved avgjørelsen av om det har skjedd en utbytteutdeling i aksjelovens forstand.

#### 2.1.4 Overføring fra selskapet

Det andre elementet i utbyttebegrepet er at overføringen reelt sett må komme fra selskapet, jf. asl. § 3-6 første ledd. Det formelle er ikke avgjørende. Selskapet selger eksempelvis et forretningsbygg til et annet selskap, og avtaler samtidig at hele eller deler av salgssummen skal utbetales direkte til aksjeeierne i det selgende selskapet. Fordelingen av salgssummen mellom aksjeeierne betraktes som utbytte, uansett om selskapet foretar utdelingen direkte, eller indirekte gjennom et annet ledd.<sup>54</sup> Den omtalte situasjonen kalles en "trekantkonstruksjon", og kan være vanskelig å avdekke for konkursboet og skattemyndighetene.

#### 2.1.5 Overføring som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode

Det tredje elementet er et krav om at overføringen må "komme aksjeeieren til gode" på et vis, jf. asl. § 3-6 annet ledd første punktum.<sup>55</sup> Dette innebærer en personell avgrensning mht. bestemmelsens anvendelsesområde. Det fremgår av ordlyden at verdien kan komme aksjeeieren til gode ved en "direkte eller indirekte" disposisjon.

---

<sup>53</sup> Schjødt 1996 s. 51.

<sup>54</sup> Andenæs 1998 s. 334.

<sup>55</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 194, Woxholth 2004 s. 184.

Utbyttebegrepet omfatter primært tilfeller hvor aksjeeieren blir ”direkte” tilgodesett med en ytelse fra selskapet, f.eks. ved kontant utbetaling. Det har ingen betydning om verdioverføringen kommer én eller flere aksjeeiere til gode, jf. Rt 1933 s. 1080 (skattesak). Ettersom ordlyden ”indirekte” benyttes, omfattes også verdioverføringer til tredjemann dersom aksjeeieren berikes.<sup>56</sup> Hensikten er at aksjeeieren ikke skal kunne omgå aksjelovens utdelingsbegrensninger.

Alle vederlagsfrie ytelser aksjeeieren selv ønsker å berike noen med, f.eks. nærstående eller organisasjoner, omfattes av utbyttebegrepet.<sup>57</sup> Et eksempel fra forarbeidene er at selskap A overfører selskapets eiendom vederlagsfritt til selskap B, som aksjeeierne i selskap A har eierinteresser i.<sup>58</sup> I praksis foretas utbytteutdelinger ofte til aksjeeierens nærstående. Som nærstående regnes bl.a. ektefelle, barn eller aksjeeierens heleide aksjeselskap.<sup>59</sup> Problemet er hvordan grensene for begrepet nærstående skal trekkes i relasjon til asl. § 3-6 annet ledd. Etter sktl. § 10-11 annet ledd anses ikke utdelinger til fjernere slektninger enn onkel og tante som utbytte. Ifølge juridisk teori kan en så snever forståelse neppe legges til grunn på aksjerettens område. Hvor grensen skal gå er vanskelig å angi nøyaktig, men også fjernere slektninger faller i utgangspunktet inn under utbyttebegrepet.<sup>60</sup>

Utdelinger til en person som i nær saklig tilknytning til utdelingen opphører å være aksjeeier eller blir aksjeeier, antas i juridisk teori å være utbytte. Konklusjonen baseres på skatterettslig praksis rundt forgjengeren til sktl. § 10-11 og svensk praksis.<sup>61</sup> Etter min mening er dette ikke uproblematisk som selskapsrettslig regel. I aksjeselskapsretten må kravet om årsakssammenheng mellom aksjebesittelsen og verdioverføringen være oppfylt, jf. punkt 2.1.7.

---

<sup>56</sup> Andenæs 1998 s. 333.

<sup>57</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 194.

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 186, Rt 1994 s. 912 (skattesak) og RG 1992 s. 707 (Karmsund).

<sup>59</sup> Saml. asl. § 1-5.

<sup>60</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 194.

<sup>61</sup> Rt 1937 s. 59, Rt 1994 s. 912 og Rt 1995 s. 638. Tilsvarende ”Suecia”-dommen, NJA 1976 s. 618 og NJA 1997 s. 418.

Angir selskapets vedtektsbestemmelser at overskuddet skal tilfalle andre personer/selskaper enn aksjeeierne anses utdelingen som utbytte, jf. asl. § 2-2 annet ledd.

#### 2.1.6 Verdivurderingen

Selskapets ytelser skal fastsettes etter ”virkelig verdi” på dagen for overføringen, og ikke bokført verdi hvis denne er lavere, jf. asl. § 3-6 annet ledd annet punktum.<sup>62</sup>

Verdsettelsen er viktig for å avklare om det foreligger en utdeling fra selskapet, men vilkåret har også betydning for om utbytterammen i asl. § 8-1 er overholdt.<sup>63</sup> Årsaken til at det ikke er tillatt å benytte bokført verdi hvis denne er lavere enn den virkelige, er risikoen for maskert utbytte. Etter svensk aksjeselskapsrett er det tillatt å legge en lavere bokført verdi til grunn ved verdiberegningen.<sup>64</sup>

Justisdepartementet foreslo i høringsbrev 28. juni 2004 å endre asl. § 3-6, slik at ytelsens bokførte verdi og ikke den virkelige skal være avgjørende for om det foreligger en utdeling.<sup>65</sup> Begrunnelsen for forslaget er at usikkerheten rundt tolkningen av asl. § 3-6 annet ledd siste punktum skal fjernes. Hensynet til kreditorene anses etter departementets syn ivaretatt, fordi det dreier seg om hva som tas ut av selskapet, og ikke hva som er igjen. Får forslaget tilslutning, vil utbyttets lovlighet bero på om den bokførte verdien av selskapets ytelse ligger innenfor utbytterammen i asl. § 8-1. Er den bokførte verdien satt for høyt, vil utbyttet sannsynligvis være ulovlig.

Hvordan ytelsens verdi skal beregnes, fremgikk ikke eksplisitt av ordlyden i asl. 1976 § 12-4 første ledd, men av forarbeidene. Ytelsene skal verdsettes etter markedsverdien.<sup>66</sup> Beregningsmåten er avgjørende for om en utdeling er lovlig, fordi en overvurdering av ytelsen innebærer en risiko for maskert utbytte.

---

<sup>62</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 192.

<sup>63</sup> Lovavdelingens uttalelse 20. februar 2004 (snr.2004/3299EP).

<sup>64</sup> NJA 1995 s. 742, SOU 1997:168, Andersson 2000 s. 42.

<sup>65</sup> (Snr. 200405676EP), Ot.prp.nr. 29 (2004-2005).

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 186. Tilsvarende Andersson 1995 s. 431.

Verdivurderingen av selskapets ytelse avhenger av dens art. Mange varer og tjenester har ikke en fast markedsverdi, og det kan være vanskelig å fastslå hva som er en ytelses ”virkelige verdi”. Har varen en oppgitt markedspris, er løsningen enkel. Verdien av en fast eiendom kan lett innhentes ved takst.<sup>67</sup> Ellers må verdien fastsettes etter en skjønsmessig vurdering, f.eks. ved immaterielle rettigheter, eller ved håndverkertjenester, hvis pris kan avhenge av kvalitet og omfang. I visse tilfeller pålegger aksjeloven selskapet å utarbeide en redegjørelse for transaksjoner som skal foretas, med krav om godkjenning av revisor.<sup>68</sup>

Verdioverføringen anses som en transaksjon i forhold til regnskapslovens regler. Siden den virkelige verdi skal legges til grunn, må eventuell differanse mellom bokført og virkelig verdi inntektsføres eller kostnadsføres av selskapet.<sup>69</sup>

Et sentralt spørsmål er når verdiforholdet mellom selskapets og aksjeeierens ytelser skal bestemmes. I henhold til asl. § 3-6 annet ledd annet punktum skal verdien beregnes ”på dagen for overføringen”. Skatterettslig praksis er her relevant for å utdype lovens vilkår. Høyesterett fastslo i Rt 1981 s. 990 (skattesak) at verdiforholdet skal bestemmes på transaksjonstidspunktet. Det er antatt at løsningen er overførbar til aksjeselskapsrettens område.<sup>70</sup> Går det en viss tid mellom avtale- og oppfyllestidspunktet, medfører en verdiendring i favør av aksjeeieren neppe at utbyttereguleringene likevel får anvendelse. Dette støttes av svensk høyesterettspraksis om pantsettelse og kausjon.<sup>71</sup>

### 2.1.7 Kravet om årsakssammenheng

Skal en verdioverføring omfattes av lovens utdelings- og utbyttedefinisjon, må det i henhold til rettspraksis og teori foreligge en saklig sammenheng mellom aksjebesittelsen og selskapets utdeling.<sup>72</sup> Kravet om årsakssammenheng fremgikk

---

<sup>67</sup> Berge m.fl. 2002 s. 21.

<sup>68</sup> F.eks. ved selskapets avtaler ”om erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser fra aksjeeier mot vederlag fra selskapet”, jf. asl. § 3-8. Se Bråthen til Nørgaard 2003 s. 875 flg.

<sup>69</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 164.

<sup>70</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 165.

<sup>71</sup> NJA 1980 s. 311 og NJA 1995 s. 418.

<sup>72</sup> Andenæs 1998 s. 329, Aarbakke m.fl. 2000 s. 166.

tidligere av ordlyden i asl. 1976 § 12-4 første ledd, jf. uttrykket ”utbetaling på aksjer”. Det har ikke vært lovgivers hensikt å foreta noen realitetsendring ved innføringen av asl. § 3-6.<sup>73</sup> Vilkåret må derfor fremdeles gjelde.

Høyesterett redegjør i Rt 1995 s. 1026 (”Sandakergården AS”) nærmere for hva som ligger i kravet om årsakssammenheng. Saken gjaldt tolkningen av uttrykket ”utbetaling på aksjer” i asl. 1976 § 12-4, men er fremdeles relevant. Saksforholdet gikk i korthet ut på at selskapet hadde inngått en langvarig leieavtale til gunst for datteren av hovedaksjeeieren i selskapet. Hun hadde selv en aksje i selskapet. Spørsmålet for Høyesterett var om leiekontrakten måtte anses ugyldig fordi den innebar en ulovlig utbytteutdeling. Retten konkluderte med at kravet om årsakssammenheng ikke var oppfylt i den konkrete saken, og utbyttereglerne fikk derfor ikke anvendelse på forholdet.

Retten uttalte at det må skilles mellom verdioverføringer som mottas i egenskap av å være aksjeeier, og overføringer som mottas som medkontrahent. Utbyttereglenes anvendelsesområde er forbeholdt tilfeller hvor grunnlaget for utbetalingen er aksjeeiet. Reglene skal altså ikke forhindre enhver overføring av fordeler fra selskapet til aksjeeieren. Skjer verdioverføringen på forretningsmessige vilkår, f.eks. når det gjelder utbetalinger til aksjeeieren i forbindelse med jobboppdrag/prosjekter for selskapet som ansatt eller innleid konsulent, vil den i utgangspunktet ikke rammes av reglene.<sup>74</sup> Unntak kan tenkes dersom utdelingen inneholder et vederlagsfritt element som ikke kan begrunnes forretningsmessig, slik at deler av den må anses som maskert utbytte. Mottar aksjeeieren urimelig høy lønn eller pensjon som ansatt i forhold til arbeidsprestasjonen, er vederlaget som overstiger det rimelige et maskert utbytte.<sup>75</sup> Hva som er rimelig, beror på hva som er vanlig lønn for tilsvarende arbeid/stillinger.

Høyesterett understreket videre at det stilles krav til bevisvurderingen ved verdioverføringer til aksjeeiere, der det foreligger et misforhold mellom ytelsene. I slike tilfeller gjelder det strenge krav for å sannsynliggjøre at det ikke er sammenheng mellom aksjebesittelsen og ytelsen. Hevder aksjeeieren at en ytelse fra selskapet er

---

<sup>73</sup> NOU 1996:3 s. 102.

<sup>74</sup> Andenæs 1998 s. 332.

<sup>75</sup> Andenæs 1998 s. 331. Tilsvarende Andersson 1995 s. 478 og NJA 1920 s. 231 om lønn til daglig leder.

mottatt i egenskap av medkontrahent, uten å sannsynliggjøre dette på en overbevisende måte, vil formodningen være at ytelsen representerer et maskert utbytte.

### 3 Aksjelovens utbyttebegrensninger

#### 3.1 Innledning

Lovteknisk er det et nært samspill mellom utbyttekapitlets materielle og formelle regler. Formålet med utbyttereglene er å oppstille kvantitative begrensninger for selskapets adgang til å utbetale utbytte til aksjeeierne, slik at selskapets egenkapitalgrunnlag ikke blir så lavt at kreditorenes dekningsutsikter settes i fare. Kun hovedtrekkene i asl. § 8-1 og § 8-2 behandles her.

##### 3.1.1 Materielle vilkår

Materielle vilkår for utdeling av utbytte følger av asl. § 8-1. Bestemmelsen er aksjelovens viktigste for beskyttelse av selskapets bundne egenkapital. Den angir hva selskapet beløpsmessig kan dele ut innenfor lovens grenser. Utdelingsforbudet i asl. § 8-1 kan inndeles i to grunnprinsipper; prinsippet om "bunden egenkapital" og "forsiktighetsprinsippet".<sup>76</sup> For at et utbytte materielt sett skal være lovlig, må beløpet ligge innenfor selskapets "frie egenkapital" ("utbytterammen").<sup>77</sup>

Skillet mellom bunden og fri egenkapital går som en "rød tråd" gjennom aksjelovens regler om selskapskapital og egenkapitaltransaksjoner. "Bunden egenkapital" er etter asl. § 3-1 til § 3-3 summen av selskapets aksjekapital, overkursfond og fond for vurderingsforskjeller. Prinsippet fremgår også indirekte av asl. § 3-6 første ledd. Det innebærer at aksjeeierne ikke har anledning til å disponere fritt over selskapets bundne midler. Begrunnelsen er kreditorvernet. Selskapets "frie egenkapital" defineres i asl. § 8-1 tredje ledd, og gir uttrykk for hva aksjeeierne kan utdele som utbytte. Hvordan aksjeeierne velger å disponere den frie egenkapitalen, er et indre anliggende og kreditorene uvedkommende.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Andersson 2000 s. 45.

<sup>77</sup> Utbytterammen gjelder tilsvarende for asl. § 8-5, § 8-6, § 8-7 og § 9-3.

<sup>78</sup> Lindskog 1994 s. 14.

I juridisk teori benyttes begrepet "egenkapitalbuffer" som betegnelse på at den bundne egenkapitalen skal holdes i selskapet og dermed motvirke insolvens.<sup>79</sup> Begrepet passer etter min mening godt, fordi selskapsorganene hindres i å overføre verdier til aksjeeierne etter eget ønske, mens kreditorene samtidig ikke har noen garanti for at de en dag oppnår dekning for sine krav i selskapskapitalen.

Før selskapet kan treffe en utbyttebeslutning, må tre kumulative vilkår være oppfylt, jf. asl. § 8-1.<sup>80</sup> For det første kan selskapet kun dele ut "årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital etter fradrag for" nærmere angitte aktivaposter, jf. asl. § 8-1 første ledd nr. 1 til 4. Fradragspostene er begrunnet i kreditorhensynet. Årsregnskapet må godkjennes av den ordinære generalforsamling, jf. asl. § 5-5 annet ledd nr. 1. Godkjennelsen utgjør en garanti overfor kreditorene for at den bundne egenkapitalen er inntakt, og skjer normalt rett før generalforsamlingen behandler spørsmålet om utbytteutdeling. Siden grunnlaget for utbytteutdelingen utgjøres av årsregnskapet, er utbytterammen i asl. § 8-1 koblet nært opp til regnskapsloven. Regnskapsloven er derfor helt sentral ved tolkningen av bestemmelsen, jf. punkt 5.1.5.<sup>81</sup> Bestemmelsens henvisning til begrepet "siste regnskapsår" er flertydig. I det juridiske fagmiljø har det pågått en diskusjon rundt fortolkningen av begrepet, jf. punkt 5.1.1 om "sperreregelen".

Selskapet må for det annet ha en egenkapital som utgjør minst ti prosent av balansesummen, jf. asl. § 8-1 annet ledd. Det er den regnskapsførte egenkapitalen som skal vurderes.<sup>82</sup> Hensynet bak "minimumsregelen" er å styrke kreditorvernet gjennom et konkret minstekrav til egenkapitalens størrelse.<sup>83</sup> Utdeling av utbytte kan imidlertid skje selv om egenkapitalen er lavere enn ti prosent, men da kun etter reglene om kapitalnedsettelse i § 12-4 og § 12-6, og ikke etter saksbehandlingsreglene i asl. § 8-2

---

<sup>79</sup> Woxholth 2004 s. 55. Tilsvarende Andersson 2000 s. 7.

<sup>80</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 591.

<sup>81</sup> Se Schwencke 2001 s. 150. Jf. bl.a. rskl. § 6-1 første ledd nr. 29 og § 6-2. Regnskapsstørrelsene påvirker utbyttmulighetene. Selskapet skal hvert regnskapsår utarbeide årsregnskap, jf. rskl. § 3-1 første ledd. Regnskapsåret og kalenderåret er sammenfallende, jf. rskl. § 1-7.

<sup>82</sup> Den norske Revisorforening 2002 s. 118.

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 43 og 154.



flg. Har selskapet fri egenkapital kan egenkapitalen som overstiger selskapets bundne egenkapital utdeles, jf. asl. § 8-1 tredje ledd. "Utbyttegrunnlaget" som kan utdeles består typisk av årets overskudd, udisponert overskudd fra tidligere år og frie fond. Siden "annen egenkapital" også inngår i grunnlaget, kan selskapet utdele utbytte, selv om årsresultatet viser underskudd.<sup>84</sup>

For det tredje må det gjøres fradrag i den frie egenkapitalen for inntrådt eller forventet underskudd etter balansedagen, jf. asl. § 8-1 fjerde ledd. Utbytteutdelingen må være forenlig med "forsiktig og god forretningsskikk". Er de ovennevnte vilkår oppfylt, har selskapet som hovedregel rettslig adgang til å utdele utbytte, men ingen plikt.

En ytterligere lovskranke fremgår av det generelle forsvarlighetskravet i asl. § 3-4, som må hensyntas ved vurderingen av en utbytteutdelings lovlighet.<sup>85</sup> De skjønsmessige skrankene forsiktighetsregelen og forsvarlighetsprinsippet oppstiller drøftes nærmere i punkt 5.1.4.

### 3.1.2 Formelle vilkår

#### 3.1.2.1 Utbyttebeslutningen

Asl. § 8-2 angir den formelle fremgangsmåten selskapet må følge for at en beslutning om utdeling av utbytte skal være lovlig. Det kompetente selskapsorgan til å treffe beslutning om utbytteutdeling er generalforsamlingen, jf. asl. § 8-2 første punktum. Beslutningskompetansen må sees i lys av at generalforsamlingen utøver den øverste myndighet i selskapet, jf. asl. § 5-1 første ledd. Generalforsamlingen representerer aksjeeierne ved selskapets avgjørelse av viktige spørsmål, som f.eks. om utbytte skal utdeles. Aksjeselskaper har normalt ikke bedriftsforsamling, og asl. § 8-2 er utformet på denne bakgrunn.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Andenæs 1998 s. 336. "Annen egenkapital" fremgår av rskl. § 6-2 II nr. 2, jf. Ot.prp. nr. 44 (1997-1998) s. 27.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 67.

<sup>86</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 598. Har et AS bedriftsforsamling, reguleres dette av asal. § 6-37 (3) og § 8-2 jf. asl. § 6-35.

Generalforsamlingens kompetanse er eksklusiv, men ikke ubegrenset. For det første er generalforsamlingen forpliktet til å holde seg til det godkjente årsregnskapet og innenfor utbytterammen. For det annet må styret foreslå eller godta størrelsen på det utbyttet som skal utdeles, jf. asl. § 8-2 annet punktum. Generalforsamlingen kunne etter 1976-loven foreta endringer i styrets årsregnskap, mens kompetansen etter 1997-loven er begrenset til å godkjenne eller ikke godkjenne årsregnskapet styret legger frem.

Bestemmelsen angir ikke hvilke krav som stilles til generalforsamlingens beslutning. Hovedregelen i asl. § 5-17 første ledd om at beslutningen vedtas med alminnelig (simpelt) flertall gjelder derfor.<sup>87</sup>

Et spørsmål er om utbyttebeslutningen må vedtas av den ordinære generalforsamlingen, eller om en ekstraordinær generalforsamling også anses kompetent. Ordlyden i asl. § 8-2 taler for at beslutningen kun kan fattes på den ordinære generalforsamlingen. Det fremgår imidlertid av en upublisert uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 9. desember 1993 at begge former for generalforsamling er kompetent til å treffe endelig beslutning om utbytteutdeling.<sup>88</sup> Det må anses som gjeldende rett at en utbyttebeslutning også kan fattes av en ekstraordinær generalforsamling.

### 3.1.2.2 Styreforslag

En nødvendig forutsetning for at generalforsamlingen kan fatte beslutning om utbytteutdeling, er at styret først fremlegger et beløpsmessig forslag, jf. asl. § 8-2 første punktum. På ordinær generalforsamling fremgår forslaget av styrets årsregnskap og årsberetning.<sup>89</sup> Forslaget treffes med alminnelig flertall hvis ikke vedtektene angir strengere krav, jf. asl. § 6-25.

Styret er tildelt en særskilt ”vetorett” av lovgiveren, jf. asl. § 8-2 annet punktum. Den går ut på at styret kan nekte utbetaling av utbytte, eller av utbytte over en fastsatt maksimumsgrense. Generalforsamlingen kan derfor ikke utdele utbytte som

---

<sup>87</sup> Det kan vedtektsfestes strengere krav, jf. asl. § 5-17 tredje ledd.

<sup>88</sup> (Jnr. 2992/93-E), Aarbakke m.fl. 2004 s. 599. I svensk rett er det foreslått at ordlyden eksplisitt skal angi at utbytteutdelinger kan vedtas på ekstraordinær generalforsamling, jf. SOU 1997:168 og Skog s. 48.

<sup>89</sup> Jf. asl. § 6-19 første ledd jf. rskl. § 6-1 (2), § 6-2 D III nr. 7 og § 3-3 (7).

beløpsmessig overskrider maksimumsgrensen. Vetoretten må sees i sammenheng med asl. § 6-28 annet ledd om at styret både har rett og plikt til å nekte gjennomføring av lovstridige beslutninger. I Sverige er styrets vetorett foreslått avskaffet.<sup>90</sup>

Aktiebolagskommittén mener aksjeeierne kan ivareta selskapets langsiktige interesser like godt som styret, og at rollefordelingen mellom styret og generalforsamlingen ikke er nødvendig ved utbytteutdelinger. Kreditorvernet anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom de materielle reglene.

Etter ordlyden i asl. § 8-2 annet punktum kan styret senest under selve generalforsamlingen velge å godkjenne et høyere utbytte enn det opprinnelige forslaget gikk ut på.<sup>91</sup>

### 3.1.3 Vedtektsbestemte eller avtalemessige begrensninger

I tillegg til aksjelovens skranker kan selskapet oppstille ytterligere begrensninger i utdelingsadgangen gjennom vedtektsbestemmelser.<sup>92</sup> Dette forutsetter at vedtektsbestemmelsene ikke strider mot de preseptoriske reglene i asl. kap. 8. Det kan derfor ikke lovlig vedtektsfestes utbytteordninger som f.eks. strider mot den materielle utbytterammen i asl. § 8-1. Selskapet kan derimot oppstille strengere vilkår for utbytteutdelinger enn lovens normalordning angir, fordi hensynet til kreditorene da er tilstrekkelig ivaretatt.

I juridisk teori antas det at selskapet kan vedtektsfeste en rett til utbytte for aksjeeierne, og motsatt en plikt for selskapet til å utbetale det, forutsatt at de materielle vilkårene i asl. § 8-1 er oppfylt.<sup>93</sup> Dette til tross for at selskapet i utgangspunktet ikke har noen plikt til å foreta utbytteutdelinger, selv om vilkårene i loven er oppfylt. Unnlatelse av å utdele utbytte i slike tilfeller, innebærer en krenkelse av minoritetsaksjeeiernes interesser. I vedtektene kan det også hjemles en rett for andre enn aksjeeierne til å motta utbytte, jf. asl. § 2-2 annet ledd.

---

<sup>90</sup> SOU 1997:168 s. 33 og 65 flg.

<sup>91</sup> Jf. asl. § 6-19 annet ledd krever dette normalt at samtlige styremedlemmer er tilstede. Revisor skal uttale seg jf. revl. § 7-4 jf. § 5-6 og § 7-5.

<sup>92</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 482, Andenæs 1998 s. 342.

<sup>93</sup> Andenæs 1998 s. 338.

Adgangen til å utdele utbytte kan også begrenses ved at selskapet inngår avtale med f.eks. kreditorene, selv om selskapet har fri egenkapital etter asl. § 8-1 tredje ledd.<sup>94</sup> Som eksempel kan tenkes vilkår i en låneavtale med en bank om at selskapet ikke kan utdele utbytte før egenkapitalen er på et fastsatt (ofte høyt) nivå. Det antas i teorien at slike avtaler må ha tilslutning av flertallet på generalforsamlingen, og at de neppe kan tilsidesette minoritetsvernet i asl. § 8-4. Til illustrasjon kan nevnes Rt 1935 s. 713, der selskapet hadde vedtektsfestet at utbytteutdeling ikke skulle foretas før selskapets økonomiske situasjon var på et visst nivå.

---

<sup>94</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 482 og Berge m.fl. 2002 s. 55.

## 4 Ulovlig utbytteutdeling

### 4.1 Kort om aksjerettslige konsekvenser

En forutsetning for å prøve lovligheten av en utbytteutdeling, er som nevnt at det foreligger en ”utdeling” i henhold til asl. § 3-6 annet ledd. Utdelingen må videre være ”i strid med bestemmelsene i loven” for å anses ulovlig, slik at den kan kreves tilbakeført av konkursboet etter asl. § 3-7 første ledd første punktum.

Skal utbyttereglene ha en reell funksjon, må overtredelse medføre sanksjoner. Den sivilrettslige sanksjonen når selskapet har foretatt en ulovlig utbytteutdeling, er at aksjeeieren i utgangspunktet har en objektiv plikt til å tilbakeføre ”det som er mottatt” til boet, jf. asl. § 3-7 første ledd første punktum (restitusjonsplikt).<sup>95</sup> ”Det som er mottatt” er enten en ulovlig utbytteutbetaling i form av kontanter eller realverdier. Utbetalinger i strid med aksjelovens bestemmelser er normalt selskapsrettslige ugyldige, særlig når det gjelder kreditorvernregler.<sup>96</sup>

Utgangspunktet er at både de materielle og de formelle reglene i asl. § 8-1 og § 8-2, og dessuten eventuelle vedtektsbestemmelser eller regler fastsatt i generalforsamlingsbeslutning, må være fulgt for at utbytteutdelingen skal være lovlig.<sup>97</sup> Utbetalingen kan følgelig være ulovlig selv om den ikke er for høy, dvs. selv om den bundne egenkapitalen er inntakt. Både åpne og maskerte utbytteutdelinger er underlagt den objektive tilbakeføringsplikten i asl. § 3-7 første ledd første punktum.<sup>98</sup>

Et unntak fra tilbakeføringsplikten gjelder hvis ”mottakeren, da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig”. Hensikten med unntaket er

---

<sup>95</sup> Se bl.a. Woxholth 2004 s. 191.

<sup>96</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 410 og Rt 1995 s. 1026. Tilsvarende NJA 1990 s. 343.

<sup>97</sup> Andenæs 1998 s. 342, Aarbakke m.fl. 2004 s. 197, Woxholth 2004 s. 185.

<sup>98</sup> Giertsen, JV nr. 4/2003 s. 258.

ifølge forarbeidene å få frem at god tro hos mottaker utelukker tilbakeføring, forutsatt at de formelle reglene for utbytteutdelinger er fulgt.<sup>99</sup>

Enhver utbetaling i strid med aksjelovens bestemmelser kan medføre at utbytteutdelingen anses ulovlig, uten hensyn til hvilket kapittel regelen er inntatt i.<sup>100</sup> Brudd på saksbehandlingsregler i andre kapitler enn asl. kap. 8 omfattes altså, jf. Rt 2003 s. 1501 om brudd på innkallingsreglene i asl. § 5-10. Utbytteutdelingen kan også være ulovlig hvis den strider mot likhetsprinsippet i asl. § 4-1, eller generalklausulene i asl. § 5-21 og § 6-28. Oppgaven er avgrenset mot det sistnevnte temaet.

Revisor skal påse at utbyttereglerne er fulgt.<sup>101</sup>

For konkursboet kan det være vanskelig å påvise at selskapet har foretatt en ulovlig utbytteutdeling, særlig når det gjelder maskert utbytte. Dette illustreres av flere rettssaker, hvor tilbakeføringskravet ikke har vunnet frem. Boet har bevisbyrden for at det foreligger en ulovlig utbytteutdeling.<sup>102</sup>

## 4.2 Kort om skatterettslige konsekvenser

Er utbyttet aksjerettslig ulovlig, vil det som hovedregel også være ulovlig skatterettslig, fordi aksjelovens regler danner grunnlaget for hva som skatterettslig er et lovlig utbytte.<sup>103</sup> Foreligger det et utbytte i skattelovens forstand, oppstår spørsmålet om det er lovlig utdelt. Et vilkår for aksjeeierens rett til godtgjørelse etter sktl. § 10-12 tredje ledd, er at utbyttet er ”lovlig utdelt” i henhold til aksjeloven, jf. sktl. § 10-12 annet ledd annet punktum. Lovligheten beror i utgangspunktet på om de materielle reglene i asl. § 8-1 og de formelle reglene i asl. § 8-2 er overholdt.

---

<sup>99</sup> NOU 1996:3 s. 149.

<sup>100</sup> Andenæs 1998 s. 342.

<sup>101</sup> Jf. revl. § 5-6 annet ledd nr. 3. Revisor kan bli erstatningsansvarlig jf. revl. § 8-1.

<sup>102</sup> Rt 1995 s. 1026 og Rt 1997 s. 931. Tilsvarende NJA 1990 s. 343, Andersson 1995 s. 649 flg.

<sup>103</sup> Berge m.fl. 2002 s. 120.

Et viktig spørsmål er om lovlighetsvilkåret også refererer seg til brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler.<sup>104</sup> Som nevnt er hensynene bak skattereglene normalt andre enn de som begrunner aksjereglerne. Ordlyden, uttalelser i forarbeidene til sktl. § 10-12 og juridisk teori taler for at aksjelovens saksbehandlingsregler som hovedregel må overholdes for at aksjeeieren skal ha rett til godtgjørelse.<sup>105</sup> Om det kan tenkes unntak fra hovedregelen drøftes under punkt 7.3.2

Godtgjørelsessystemet innebærer at aksjeeieren gis fradrag i utlignet skatt av alminnelig inntekt, og medfører i praksis at det ikke betales skatt på utbytte.<sup>106</sup>

Aksepterer ikke skattemyndighetene utbetalingen, mister aksjeeieren retten til godtgjørelse, i tillegg til at det ulovlige utbyttet utløser en skatteplikt på 28 %.<sup>107</sup>

Konsekvensen er en tilsiktet dobbeltbeskatning, fordi brudd på reglene innebærer en omgåelse av lovgivningen.

#### 4.3 Lovlighetsprøvingen: Hvilken interesse ivaretar bestemmelsen?

Begrepet "lovlighetsprøving" benyttes ikke i norsk juridisk teori, selv om det er dette som i realiteten foretas når boet eller styret undersøker om utbytteutdelingen strider mot aksjeloven.<sup>108</sup> I svensk teori benyttes begrepet som en overordnet betegnelse på tre hovedelementer.<sup>109</sup> Utdelingen må ikke stride mot regler som

- 1) verner kreditorinteressen,
- 2) foretar en kompetansefordeling mellom selskapsorganene, eller
- 3) verner aksjeeierinteressen, herunder særlig minoritetsinteressen.

Er utbytteutdelingen i strid med en av disse normtypene, vil den i utgangspunktet være ulovlig. Som drøftelsen vil vise, avhenger imidlertid ulovligheten nærmere bestemt av

---

<sup>104</sup> Zimmer/BAHR 2001 s. 299.

<sup>105</sup> Ot.prp.nr. 35 (1990-1991) s. 369 flg.

<sup>106</sup> Berge m.fl. 2002 s. 91. Godtgjørelsessystemet er foreslått opphevet, jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 32 og 98.

<sup>107</sup> Utv. 1981 s. 457.

<sup>108</sup> Styret prøver lovligheten i forbindelse med forslag/godkjennelse etter asl. § 8-2.

<sup>109</sup> Andersson 2000 s. 41.

om reglene kan fravikes ved enstemmighet fra samtlige aksjeeiere. Problematikken rundt lovlighetsprøvingen er i liten grad berørt i de norske rettskildene.

For å avgjøre om selskapets utdeling av kontanter eller annen eiendom medfører tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum, er det nødvendig å fastslå om bestemmelsen er preseptorisk, eller om den kan fravikes ved enstemmighet fra aksjeeierne. Svaret beror på en konkret tolkning av bestemmelsen som er overtrådt, for å fastslå hvilket formål den har. Det sentrale er å finne ut hvilken interesse den aktuelle bestemmelse hovedsakelig skal ivareta: Kreditorinteressen eller aksjeeierinteressen, herunder minoritetsinteressen. Funksjonsfordelingsreglene kan normalt begrunnes i en av eller begge disse interessene.

Brudd på regler som primært ivaretar kreditorinteressen, medfører som hovedregel ulovlighet og tilbakeføringsplikt. Årsaken er at reglene er absolutt preseptoriske, og ikke under noen omstendighet kan fravikes.<sup>110</sup> Utbyttereglerne i kap. 8 skal i første rekke ivareta selskapskreditorenes interesser, og er som hovedregel preseptoriske. Utbetalinger i strid med dem defineres gjerne som ulovlige utbytteutdelinger. Bestemmelsenes karakter drøftes nærmere nedenfor.

Det ville stride mot aksjelovens sentrale formål om kapitalbeskyttelse, dersom aksjeeierne kunne avtale løsninger seg i mellom til skade for kreditorene. Regler oppstilt i aksjeeierinteressen, herunder minoritetsinteressen, kan derimot fravikes ved enstemmighet fra samtlige aksjeeiere.<sup>111</sup> I svensk rett brukes betegnelsen ”halvdispositiva” eller ”relativt” preseptoriske om slike regler, fordi fravikeligheten beror på at visse forutsetninger foreligger.<sup>112</sup>

Ved avgjørelsen av hvilke brudd som uten videre medfører ulovlighet, kan det være til hjelp å lese asl. § 3-7 første ledd slik: ”i strid med (de ufravikelige) bestemmelsene i loven”.

---

<sup>110</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 415.

<sup>111</sup> Giertsen 1999 s. 76 og Rt 2003 s. 1501.

<sup>112</sup> Andersson 2000 s. 14.



#### 4.4 Tidspunktet for vurderingen av utbyttets lovlighet

Hvilket tidspunkt som er avgjørende ved vurderingen av utbytteutdelingens lovlighet, avhenger av om utbytteutdelingen er foretatt i åpen eller maskert form.

For åpne utbytteutdelinger må tidspunktet for generalforsamlingens beslutning om utbytteutdeling legges til grunn.<sup>113</sup>

Mer problematisk er det å fastlegge tidspunktet for vurdering av om en maskert utdeling er ulovlig, fordi fremgangsmåten i asl. § 8-2 ikke er fulgt. Spørsmålet er om avtaleinngåelsestidspunktet eller tidspunktet for gjennomføringen av avtalen skal legges til grunn. Svaret beror på en konkret vurdering av den type maskert utbytte som foreligger. Noen generell løsning for alle typer av maskerte utbytter kan vanskelig oppstilles.<sup>114</sup>

Hensynet til kreditorene og aksjeeierne taler for at gjennomføringstidspunktet er avgjørende, dvs. når selskapets formue faktisk minker ved utveksling av ytelsene. Hensynet til selskapets omsetningsvern taler derimot for at avtaletidspunktet må legges til grunn, fordi ingen vil inngå avtale med et selskap når de senere risikerer tilbakeføringsplikt for verdiøkningen mellom avtale- og gjennomføringstidspunktet. Andersson mener hensynet til omsetningsvernet veier tyngst, fordi kreditor- og aksjeeierinteressen er tilstrekkelig ivaretatt gjennom generalklausuler og konkurslovgivningen. Avtaletidspunktet bør etter hans syn legges til grunn. Etter min oppfatning taler mye for å legge gjennomføringstidspunktet til grunn, fordi kreditorenes og minoritetsaksjeeiernes stilling ellers ville være svært utsatt.

---

<sup>113</sup> Andersson 1995 s. 639.

<sup>114</sup> Andersson 1995 s. 426.

## 5 Brudd på de materielle reglene

### 5.1 Asl. § 8-1

Ulovlige utbytteutdelinger som skyldes brudd på de materielle reglene i aksjeloven, relaterer seg i praksis stort sett til asl. § 8-1. Selskapet kan f.eks. ha overtrådt reglene om årsresultatet for siste regnskapsår og annen egenkapital, minimumsregelen, eller brutt forsiktighetsprinsippet eller forsvarlighetskravet, fordi det er utdelt høyere beløp enn aksjeloven tillater.

Bestemmelsens formål er primært å verne om kreditorinteressen og den er derfor preseptorisk.<sup>115</sup> Ethvert brudd på reglene i asl. § 8-1, ubetydelig eller grovt, medfører at utbyttet er ulovlig. I svensk rett kalles utbytteutdelingen da for en ”nullitet”.<sup>116</sup> Etter norsk rett gjelder det ikke noe ”kausalitetskrav”, eller mulighet for etterfølgende reparasjon/godkjennelse ved brudd på asl. § 8-1, slik tilfellet er ved saksbehandlingsfeil.<sup>117</sup> Utbyttebeløpet som overstiger den frie egenkapital, skal i utgangspunktet tilbakeføres til boet, jf. asl. § 3-7 første ledd.

Brudd på de materielle bestemmelsene i aksjeloven, typisk asl. § 8-1, medfører etter sikker praksis at utbyttet også anses ulovlig skatterettslig.

Typetilfeller:

Har selskapet ikke noe årsregnskap, foreligger det heller ikke noe grunnlag for å dele ut utbytte, jf. asl. § 8-1 første ledd. En eventuell utdeling er ulovlig.

Dersom selskapet har utdelt utbytte uten at den ordinære generalforsamlingen har godkjent selskapets årsregnskap etter asl. § 5-5, må utdelingen anses ulovlig og kunne kreves tilbakeført av boet.<sup>118</sup> Overtredelse av regelen om godkjennelse medfører at

---

<sup>115</sup> Woxholth 2004 s. 185.

<sup>116</sup> Lindskog 1994 s. 72.

<sup>117</sup> Saml. Andersson 2000 s. 99 om såkalt ”lækning”.

<sup>118</sup> Eidsivating lagmannsretts dom 22. oktober 1990. Tilsvarende NJA 1976 s. 618.

kreditorvernet ikke er ivaretatt, fordi det foreligger en risiko for at selskapet har disponert over den bundne egenkapitalen.

Skoleeksemplet på ulovlig utbytte er at utdelingen berører den bundne egenkapitalen. Et selskap har f.eks. kommet frem til at det har utbyttegrunnlag i henhold til asl. § 8-1 første og annet ledd, og beløpet som utgjør den frie egenkapitalen er på kr. 400 000. Deler selskapet ut kr. 415 000 i utbytte, vil kr. 15 000 av disse utgjøre en ulovlig utdeling i lovens forstand.

En annen mulighet er at selskapet overhodet ikke har fri egenkapital etter asl. § 8-1 tredje ledd, fordi det er på konkursens rand. Ettergir selskapet en fordring til verdi kr. 100 000 som det har på selskapets to aksjeeiere, vil beløpet utgjøre et ulovlig maskert utbytte, fordi den bundne egenkapitalen berøres. I tillegg vil utbetalingen sannsynligvis stride mot både forsiktighetsregelen i asl. § 8-1 fjerde ledd og forsvarlighetskravet i asl. § 3-4.

Nok et eksempel er at selskapet selger en hytte verdsatt til kr. 1,2 mill, og den ene av selskapets aksjeeiere kjøper hytten for kr. 600 000 til privat forbruk. Selskapets frie egenkapital utgjør kr. 400 000. Verdidifferansen mellom selskapets utdeling og aksjeeierens kjøpesum utgjør kr. 600 000. Transaksjonen inneholder således et maskert utbytte i størrelsesorden kr. 200 000 som angriper den bundne egenkapitalen, og overskrider grensen for hva selskapet lovlig kan utdele.

Et spørsmål som er særlig aktuelt ved utdeling av ting, er hvordan utbyttebegrepet i asl. § 3-6 forholder seg til utbytterammen i asl. § 8-1. Har uttrykket ”beregnes etter virkelig verdi på dagen for overføringen” betydning for hva som kan utdeles i utbytte?

Eksempelvis kan det tenkes at en eiendoms virkelige verdi er kr. 20 mill., mens selskapet har balanseført den med en verdi på kr. 10 mill. Utbytterammen i selskapet er også på kr. 10 mill. Som nevnt skal utbytteutdelinger fra selskapet til aksjeeier anses som en transaksjon i forhold til regnskapsreglene. Verdidifferansen på kr. 10 mill. må derfor balanseføres, og den ”gevinst” beløpet representerer skal normalt beskattes med 28 %. I et slikt tilfelle vil utbytterammen da totalt økes til kr. 17,2 mill.

Konklusjonen må bli at utbytteutdelinger av ting, hvis virkelige verdi er høyere enn utbytterammen, er ulovlige per i dag.<sup>119</sup> Ellers ville selskapet lett kunne omgå

---

<sup>119</sup> Jf. pkt. 2.1.6 om forslag til endring i verdiberegningsregelen.

utbyttebegrensningene. Verdiberegningen i utbyttebegrepet har med andre ord betydning for beregningsreglene i asl. § 8-1.

#### 5.1.1 "Sperreregel"?

En uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling 20. desember 2001 som har utløst omfattende diskusjon i ettertid, gjelder hvorvidt det må innfortolkes en såkalt "sperreregel" i asl. § 8-1 ved utdeling av utbytte. Uenigheten knytter seg til tolkningen av formuleringen "årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår" i asl. § 8-1 første ledd, og hvor lenge det senest godkjente årsregnskapet kan danne grunnlag for utdeling av utbytte. Eksistensen av en sperreregel vil ha betydning for en utdelings lovlighet, fordi utbyttet ikke kan deles ut på grunnlag av feil årsregnskap. Dessuten vil den legge sterke bånd på selskapets handlefrihet overfor aksjeeierne.<sup>120</sup>

Problemstillingen er mer presist om et godkjent årsregnskap bare kan legges til grunn i forhold til utbytte, herunder tilleggsutbytte, fra godkjennelsestidspunktet og ut regnskapsåret. I så fall opphører utdelingsadgangen på dette grunnlaget ved overgangen til et nytt regnskapsår. Spørsmålet kommer på spissen i forhold til "sperreperioden", dvs. etter 31. desember og frem til et nytt årsregnskap er godkjent ( gjerne i april-juni). Problemet oppstår i forbindelse med utbytte som besluttet på ekstraordinær generalforsamling.

Lovavdelingens uttalelse var som følger:

*"Vi er av den oppfatning at det ikke er adgang til å utdele utbytte før det er fastsatt årsregnskap for det forrige regnskapsåret. Dette innebærer at det i 2002 ikke kan deles ut utbytte på grunnlag av årsregnskapet for 2000. Vi mener dette følger av ordlyden i aksjeloven og allmennaksjeloven § 8-1. En slik forståelse har også støtte i forarbeidene til aksjeloven 1957, jf. Innstilling fra Aksjelovkomiteen av 1947 s. 102."*<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Perland, TtF nr. 4/2004 s. 539.

<sup>121</sup> Uttalelsen har store konsekvenser for andre utdelingsmåter som baserer seg på utbyttereguleringene.

Lovavdelingen kom 8. april 2002 med en mer utførlig tolkningsuttalelse (2001/10900 EP TO). For utbytte forble uttalelsen uendret.

I juridisk teori er det uenighet vedrørende tolkningsuttalelsens juridiske holdbarhet. Berge m.fl. og Aarbakke m.fl. mener som Lovavdelingen at ordlyden i asl. § 8-1 og forarbeidene fra 1947 taler klart for at utdelingsadgangen på grunnlag av et godkjent årsregnskap bortfaller etter utløpet av det påfølgende regnskapsåret.<sup>122</sup> Beslattes det utdelt utbytte på grunnlag av et årsregnskap som er godkjent mer enn 12 måneder tidligere, vil utbyttet være ulovlig, fordi det ikke lenger refererer seg til ”siste regnskapsår”.

På den annen side har bl.a. Matre, Bråthen, Gjems-Onstad og Perland stilt spørsmålstegn ved Lovavdelingens rettskildebruk.<sup>123</sup> Ordlyden i asl. § 8-1 er etter deres mening flertydig og kan tas til inntekt for begge løsninger. En naturlig språklig fortolkning av ”siste regnskapsår” taler for at selskapet etter regnskapsårets utgang ikke kan dele ut utbytte igjen, før generalforsamlingen har godkjent årsregnskapet for foregående regnskapsår.<sup>124</sup> Begrepet må imidlertid sees i lys av at regnskapet må være ”godkjent”. Formuleringen er tvetydig. Den kan også tolkes slik at lovgiveren sikter til at det sist godkjente årsregnskapet kan benyttes, selv om dette ikke er fra foregående regnskapsår.

Videre kritiseres Lovavdelingens vektlegging av forarbeidene fra 1947. Forarbeidenes uttalelser støtter riktignok Lovavdelingens konklusjon, men de er gamle og basert på andre synspunkter enn de som begrunner 1997-loven.<sup>125</sup> At problemstillingen ikke er vurdert i forarbeidene til gjeldende aksjelov er ikke tilstrekkelig begrunnelse for å tillegge forarbeidene til 1957-loven avgjørende vekt.

Ordlyden i kapitaldirektivet art. 15 første ledd litra a og c gir ikke noe entydig svar på problemstillingen.<sup>126</sup> Ifølge et svensk lovforslag kan direktivets art. 15 tolkes slik at det senest avlagte og godkjente regnskap kan legges til grunn for utdelinger, selv om det

---

<sup>122</sup> Berge m.fl. 2002 s. 70, Aarbakke m.fl. 2004 s. 593.

<sup>123</sup> Matre, NTS nr. 2/2002 s. 161, Bråthen 2004 s. 22, Gjems-Onstad, Lov og Rett nr. 3/2004 s. 129, Perland, TtF nr. 4/2003 s. 539.

<sup>124</sup> Matre NTS s. 165.

<sup>125</sup> Bråthen 2004 s. 23.

<sup>126</sup> Matre NTS s. 166.

påfølgende regnskapsår er utløpt. Svenske myndigheter antar at forslaget ikke er i strid med art. 15. Dette støtter synspunktet om at utdeling i sperreperioden er lovlig.<sup>127</sup>

Jeg mener de autoritative rettskildene ikke gir noe entydig svar. Det foreligger heller ingen dommer på området. Relle hensyn må derfor tillegges stor vekt ved løsningen av problemstillingen.

Begrunnelsen for en eventuell sperreregulering er beskyttelse av selskapskapitalen og kreditorinteressen. Et gammelt årsregnskap er lite betryggende å legge til grunn, og vil svekke kreditorvernet.<sup>128</sup> Styrets ansvar for å påse at utbytteutdelingen er forsvarlig i forhold til selskapskapitalen vil imidlertid komme inn med ekstra tyngde i slike tilfeller.<sup>129</sup> Kvaliteten på dagens regnskapssystemer gjør også at muligheten til å fremskaffe en åjourført oversikt over selskapets økonomiske stilling, er atskillig bedre nå enn i 1947. Det er i tillegg klart forutsatt fra lovgivers side at kreditorvernet må veies mot selskapets- og aksjeeiernes interesser, og ikke alltid vil få gjennomslag.<sup>130</sup>

Lovgivers hensikt med 1997-loven var bl.a. å maksimere selskapets effektivitet samt øke kapitalmobiliteten i næringslivet.<sup>131</sup> En sperreregulering vil hemme kapitalmobiliteten i norsk næringsliv og dermed være i strid med lovgivers intensjoner.

Etter mitt syn vil forsiktighetsregelen i asl. § 8-1 fjerde ledd og forsvarlighetsprinsippet i asl. § 3-4 i tilstrekkelig grad ivareta kreditorenes interesser. Reglene skal fange opp og forebygge situasjoner som kan true et selskaps solvens etter regnskapsavleggelsen. Det forbedrede kreditor- og kapitalvernet sperrereguleringen i tillegg måtte bidra med er begrenset, når utdelingsgrunnlaget først er fastsatt i et godkjent årsregnskap.

Sterke rimelighetshensyn taler etter min mening samlet sett for at sperrereguleringen ikke bør innfortolkes i asl. § 8-1. Først og fremst vil en sperreperiode ha uheldige konsekvenser for aksjeselskapers handlefrihet, herunder både mht. selskapsorganenes kompetanse og

---

<sup>127</sup> SOU 2001:1 s. 112 og 359. Aktiebolagskommittéen mener utbytteutdelinger kan foretas helt frem til dagen før neste ordinære generalforsamling.

<sup>128</sup> Innst. 1947 s. 104, NOU 1996:3 s. 48, Matre NTS s. 167.

<sup>129</sup> Jf. asl. § 6-12 og § 8-2.

<sup>130</sup> NOU 1996:3 s. 39.

<sup>131</sup> Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 43, Bråthen 2004 s. 22.

aksjeeiernes rettigheter. Særlig for aksjeeierminoriteten vil regelen kunne få et uheldig utfall.<sup>132</sup>

Videre medfører en sperreperiode press på selskapsorganene til å utdele mer i utbytte enn normalt før det påfølgende regnskapsåret utløper. Skal selskapet forsøke å gjøre sperreperioden kortest mulig, må regnskapet avsluttes og ordinær generalforsamling holdes så raskt som mulig. Fordi revisor skal vurdere årsregnskapet er ikke dette alltid lett å få til.<sup>133</sup> En hurtig behandling av årsregnskapet kan medføre feil som igjen resulterer i ulovlig utbytte. I realiteten vil utbytteregeleene ikke få noen betydning i sperreperioden på opptil ½ år.<sup>134</sup> En slik virkning kan neppe være tilsiktet fra lovgivers side.

Tolkningsuttalelsen har også skatterettslige konsekvenser. Brudd på en eventuell sperreregel medfører at utbyttet anses ulovlig både aksjerettslig og skatterettslig.

Om det må innfortolkes en sperreregel de lege lata er fremdeles usikkert. Lovavdelingen har ikke kommet med noen oppklarende uttalelse for utbytteutdelinger, men tvert om fastholdt uttalelsen i høringsbrev 28. juni 2004.<sup>135</sup> Det er grunn til å stille spørsmål ved uttalelsens juridiske holdbarhet, fordi den bygger på en unyansert rettskildebruk. I mellomtiden antas det at folk innretter seg etter den i praksis, fordi de ellers risikerer å bli pålagt tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum. Foreløpig anser trolig ligningsmyndighetene uttalelsen som gjeldende rett. Aksjeeiere som ikke etterlever sperreregelen risikerer å miste retten til godtgjørelse etter sktl. § 10-12 tredje ledd, samt ilegges 28 % skatt på utbyttet.

På bakgrunn av de ovennevnte argumentene er min konklusjon at det bør kunne utdeles utbytte på grunnlag av det godkjente årsregnskapet, også i perioden fra utløpet av regnskapsåret etter det regnskapsåret balansen gjelder for, og frem til fristen for

---

<sup>132</sup> Skifterettens kompetanse til å fastsette et høyere utbytte etter asl. § 8-4 begrenses tilsvarende i sperreperioden.

<sup>133</sup> Rskl. § 1-2 og § 3-2 jf. revl. § 2-1 jf. § 5-1.

<sup>134</sup> Perland TfF s. 543.

<sup>135</sup> (Snr. 200405676EP).

generalforsamlingens godkjennelse av årsregnskapet for forrige regnskapsår utløper. Har seksmånedersfristen utløpt uten at godkjent årsregnskap foreligger, kan utbytte ikke lenger utdeles på grunnlag av det senest godkjente årsregnskapet.<sup>136</sup> Utdelingsadgangen må være begrenset til å gjelde etterskuddsutbytte (jf. nedenfor om forskuddsutbytte).

En annen omdiskutert problemstilling, er hvorvidt tilbakebetaling av aksjonærlån umiddelbart øker selskapets frie egenkapital, slik at et selskap uten fri egenkapital likevel lovlig kan utdele utbytte. Oppgaven er avgrenset mot temaet aksjonærlån, men problemstillingen er svært viktig for om en utbytteutdeling holder seg innenfor utbytterammen i asl. § 8-1. Spørsmålet blir derfor kort berørt. Lovavdelingen antok i uttalelsen 17. desember 2001 at en slik tilbakebetaling ikke får betydning i samme regnskapsår.<sup>137</sup> Matre er av motsatt oppfatning, og mener det ikke kan oppstilles noe forbud mot å ta hensyn til oppgjør av aksjonærlån samme regnskapsår.<sup>138</sup> Justisdepartementet har i høringsbrev 28. juni 2004 fremsatt forslag til nytt asl. § 8-1 femte ledd, som angir at det ved beregningen av utbyttegrunnlaget etter asl. § 8-1 ikke gjøres fradrag for lånebeløpet, hvis det tilbakebetales ved motregning med utbytte.<sup>139</sup> Departementet mener regelen har ”gode grunner” for seg.

### 5.1.2 Forskuddsutbytte

Med forskuddsutbytte menes utdeling av utbytte til aksjeeierne som skjer etter nytt regnskapsår har begynt, men før ordinær generalforsamling har godkjent årsregnskapet for det regnskapsåret de utbetalte midlene er opptjent. Utbetaling av forskuddsutbytte har derfor en side til sperreregelen, jf. ovenfor. Forskjellen mellom forskudds- og etterskuddsutbytte, er at forskuddsutbytte gjelder midler utdelt på grunnlag av overskudd selskapet har opparbeidet etter utløpet av det regnskapsåret det godkjente årsregnskapet gjelder. Etterskuddsutbytte relaterer seg derimot til utdeling av ubenyttet fri egenkapital med grunnlag i et allerede godkjent årsregnskap.

---

<sup>136</sup> Jf. asl. § 5-5. Det kan ikke gå mer enn 18 mnd. fra balansedagen til utbytte utdeles med basis i det senest godkjente årsregnskapet. Den absolutte fristen er 29. juni.

<sup>137</sup> (Snr. 01/8396EP).

<sup>138</sup> Matre, TtF nr. 1/2003 s. 12 flg.

<sup>139</sup> (Snr. 200405676EP).



Enhver form for forskuddsutbytte er som hovedregel ulovlig og medfører tilbakeføringsplikt.<sup>140</sup> Utbytteutdelingen kan ikke gjøres betinget av fremtidig godkjenning av årsregnskapet fra generalforsamlingen. Tilsvarende gjelder for interimsutbytte og anticipert utbytte. Dette fordi kravet i asl. § 8-1 om at utbyttet må ha dekning i et fastsatt og godkjent årsregnskap ikke er oppfylt. Begrunnelsen for forbudet er at kreditorene ved utdeling av forskuddsutbytte risikerer at selskapet disponerer over den bundne egenkapitalen. En utbytteutdeling må også ha grunnlag i en generalforsamlingsbeslutning for at kreditorvernet skal være fullstendig ivaretatt, jf. asl. § 8-2 og punkt 7.4. Et praktisk spørsmål er om forskuddsutbetalingen er å anse som et ulovlig utbytte eller et ulovlig aksjonærlån.

Et unntak fra forbudet fremgår av Rt 1929 s. 503, og innebærer at tilbakeføringsplikten bortfaller til tross for utbetalt forskuddsutbytte, forutsatt at senere årsregnskap viser at det forelå dekning for utbytteutdelingen. I juridisk teori antas det med støtte i dommen at generalforsamlingen i visse tilfeller kan godkjenne en forskuddsutdeling i ettertid.<sup>141</sup> Jeg har ikke funnet eksempler fra senere rettspraksis hvor problemstillingen er behandlet. Med henblikk på drøftelsen i punkt 7.4, er jeg skeptisk til om etterfølgende godkjenning av utbytteutdelinger i strid med asl. § 8-2 kan foretas. På den annen side er det svært formalistisk å kreve at det utdelte beløpet under enhver omstendighet skal tilbakeføres, hvis selskapet samtidig (eller rett etter utdelingen) vedtar at tilsvarende beløp skal utbetales som utbytte på grunnlag av en lovlig generalforsamlingsbeslutning. I slike tilfeller vil jo ikke kreditorenes posisjon være truet.

I svensk rett er forbudet omdiskutert, fordi det er uenighet mht. karakteren av asl. § 8-2. Andersson mener at utdeling av forskuddsutbytte er uforenlig med kreditorvernet, og derfor underlagt tilbakeføringsplikt.<sup>142</sup> Han fremhever at det etter gjeldende rett er praktisk mulig at f.eks. styret utbetaler forskuddsutbytte til aksjeeierne, selv om det er ulovlig. Generalforsamlingen kan senere fatte en lovlig utbyttebeslutning hvor utbyttebeløpet minst tilsvarende det utbetalte forskuddet, forutsatt at utbytterammen overholdes. Selskapet kan eventuelt ettergi tilbakeføringskravet istedenfor å utbetale

---

<sup>140</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 593, Matre NTS nr. 272002 s. 163, Schans Christensen 2003 s. 514.

<sup>141</sup> Andenæs 1998 s. 342, Augdahl 1959 s. 196.

<sup>142</sup> Andersson 1995 s. 568 og 577, NJA 1976 s. 618.

noe utbytte. Går selskapet konkurs etter at en lovlig utbyttebeslutning har ”reparert” den opprinnelige ulovligheten, taler rimelighetshensyn for at boet ikke kan gjøre gjeldende et tilbakeføringskrav, selv om de overtrådte reglene verner kreditorinteressen.<sup>143</sup>

Jeg mener forbudet mot utdeling av forskuddsutbytte som hovedregel må være absolutt, for å ivareta kreditorinteressen i tilstrekkelig grad. Det er likevel ikke utelukket at selskapet i praksis reparerer ulovligheten gjennom en ny lovlig beslutning, slik at kreditorene ikke lider noe tap. Mest sannsynlig vil et tilbakeføringskrav da ikke bli fremmet.

### 5.1.3 10 % - regelen

Ønsker selskapet å utdele utbytte til tross for at egenkapitalen er under minimumskravet på ti prosent, må det avvente utbetalingen til kreditorvarsel er gjennomført i henhold til asl. § 12-4 og § 12-6. Dette innebærer at utdelingen ikke kan finne sted umiddelbart etter at generalforsamlingen har besluttet utdeling av utbytte, fordi fristen for kreditorene til å komme med innsigelser er to måneder, jf. asl. § 12-6 nr.1. I praksis går det gjerne tre måneder.<sup>144</sup> Skulle en kreditor fremsette innsigelser mot utdelingen, må selskapet betale fordringen eller stille betryggende sikkerhet for den, jf. asl. § 12-6 nr. 2.

Hensynet bak saksbehandlingsreglene om kreditorvarsel i asl. § 12-4 og § 12-6 er naturlig nok å beskytte kreditorinteressen. Vedtar generalforsamlingen å utdele utbytte før lovens tomånedersfrist er utløpt, medfører bruddet på den preseptoriske regelen om kreditorvarsel at utbyttet er ulovlig.<sup>145</sup> Kreditorene har i slike tilfeller ikke hatt mulighet til å fremsette innsigelser, før selskapet gjennomfører aksjekapitalnedsettelsen.

### 5.1.4 Forsiktighetsregelen og forsvarlighetsprinsippet

Ved vurderingen av utbytteutdelingens lovlighet må det også undersøkes om selskapet har overholdt forsiktighetsregelen i asl. § 8-1 fjerde ledd og forsvarlighetsprinsippet i asl. § 3-4. For at utdelingen skal anses lovlig er det som nevnt i punkt 3.1.1 ikke

---

<sup>143</sup> Andersson 1995 s. 578.

<sup>144</sup> Berge m.fl. 2002 s. 49.

<sup>145</sup> Giertsen, JV nr. 4/2003 s. 250.

tilstrekkelig at den bundne egenkapitalen er inntakt. De tekniske reglene i asl. § 8-1 åpner i liten grad for skjønn.<sup>146</sup> Behovet for en supplerende skjønnsmessig helhetsvurdering av selskapets økonomiske situasjon er ivaretatt gjennom begrensningene i asl. § 8-1 fjerde ledd og asl. § 3-4.

Brudd på den preseptoriske forsiktighetsregelen i asl. § 8-1 fjerde ledd kan medføre at et ellers lovlig utbytte ikke kan utdeles, selv om selskapet har fri egenkapital etter tredje ledd. Den vage formuleringen ”forsiktig og god forretningsskikk” er en svakhet ved lovtekstens utforming. Forsiktighetskravet går innholdsmessig ut på om det er aktsomt av selskapet å utdele det påtenkte utbytte, primært i forhold til kreditorinteressen, men også selskapsinteressen.<sup>147</sup>

Om utdelingen er forenlig med forsiktighetskravet beror på en helhetsvurdering av selskapets konsoliditet, om likviditeten er betryggende og av eventuelle negative hendelser inntruffet mellom balansedagen og generalforsamlingens utbyttebeslutning, eller som må forventes å ville inntreffe. Utbytteutdelingen kan ikke lovlig skje med så stort beløp at det strider mot ”god forretningsskikk”. Tilsier selskapets formuesstilling og fremtidsutsikter på beslutningstidspunktet at utbytteutdelingen er uforsvarlig med tanke på kreditorenes dekningsutsikter, vil den være i strid med ”forsiktig og god forretningsskikk” og dermed ulovlig. Et eksempel er at selskapet forventer et fremtidig tap på kr. 500 000 som det etter fjerde ledd må ta ”tilbørlig hensyn til”. For at utbyttet ikke skal bli ulovlig, bør utbyttegrunnlaget reduseres med et tilsvarende beløp, selv om et mindre beløp kan være forsvarlig i henhold til ordlyden.

I Sverige er begrepet ”god forretningsskikk” foreslått tatt ut, fordi det ikke har dannet seg noen kutyme på de ulike forretningsområder i bestemmelsens levetid. Samtidig er forsiktighetsregelen foreslått skjerpet.<sup>148</sup>

Det skjønnsmessige forsvarlighetsprinsippet supplerer systemet med kapitalbinding knyttet til regnskapstall i asl. § 8-1, og kan medføre at selskapet ikke kan utdele et ellers

---

<sup>146</sup> (Snr. 01/8396EP).

<sup>147</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 597.

<sup>148</sup> SOU 1997:168 om ABL 16:11.

lovlig utbytte, hvis det ikke har ”en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”, jf. asl. § 3-4.<sup>149</sup> Forsvarlighetsprinsippet har dermed betydning for om og hvor mye som kan utdeles i utbytte.

Noe tall på en forsvarlighetsgrense kan ikke settes. Det må foretas en fortløpende helhetsvurdering av selskapets reelle egenkapital, ikke den bokførte, for å avgjøre om egenkapitalen er lavere enn forsvarlig.<sup>150</sup> Dette forutsetter fortsatt drift av selskapet.<sup>151</sup> Ikke-bokførte merverdier må sannsynliggjøres og ha grunnlag i en forsvarlig vurdering. Momenter i helhetsvurderingen er bl.a. om virksomheten er risikofylt, selskapets finansieringssituasjon, om selskapet har stor gjeld i forhold til egenkapitalen, om virksomheten er liten eller stor, forsikringsdekning og om bedriften er i etableringsfasen eller skal utvides. Forsvarlighetskravet vil ofte være strengere dess mer risikofylt og dess større omfang virksomheten har. Er egenkapitalen etter en helhetsvurdering lavere enn virksomhetens risiko og omfang tilsier, taler dette for at egenkapitalen er uforsvarlig lav og i strid med asl. § 3-4. Utbytte utbetalt på et slikt egenkapitalgrunnlag må anses ulovlig. Eksempelvis kan tenkes at et entreprenørselskap har gjeld på kr. 100 mill. og en egenkapital på kr. 100 000. Siden virksomheten er anbudsavhengig og lett påvirkes av markedssvingninger, vil egenkapitalen neppe tilfredsstillende forsvarlighetskravet. Kapitalbufferen i slike virksomheter må være rustet for store tap.<sup>152</sup>

Et interessant spørsmål er hvordan forsiktighetsregelen i asl. § 8-1 fjerde ledd forholder seg til forsvarlighetsprinsippet i asl. § 3-4. Det umiddelbare inntrykk er at forsiktighetsregelen er en underkategori av forsvarlighetsprinsippet, og at innholdet er noenlunde likt. I kravet til ”god forretningsskikk” ligger det også et krav om forsvarlighet mht. hvor mye selskapet kan utdele i utbytte. For at forsiktighetsregelen skal ha selvstendig betydning, må derimot asl. § 8-1 fjerde ledd innholdsmessig være strengere. Ordlyden er mer spesifikk, og det antas at en utbytteutdeling alltid vil være i

---

<sup>149</sup> Nærmere om asl. § 3-4 og § 3-5 i Helstad, [www.konkursradet.no/art.](http://www.konkursradet.no/art.), Løvdal TtF nr. 4/2003 s. 472 flg. og Bråthen 2004 s. 110 flg.

<sup>150</sup> NOU 1996:3 s. 102, Aarbakke m.fl. 2004 s. 182.

<sup>151</sup> Løvdal TtF s. 497. Fortsatt drift dersom avvikling ikke er mest sannsynlig innen ett år.

<sup>152</sup> Bråthen 2004 s. 114.

strid med forsiktighetsregelen, dersom den er ulovlig grunnet brudd på forsvarlighetskravet.

#### 5.1.5 Regnskapsloven

Et viktig spørsmål er om brudd på de materielle reglene i regnskapsloven isolert sett medfører at utbytteutdelingen er ulovlig og underlagt tilbakeføringsplikt. Det forutsettes at utbyttereglene i asl. kap. 8 er oppfylt. Aksjeselskaper er forpliktet til å følge regnskapslovens regler ved fastsettelsen av resultatregnskapet, jf. rskl. § 6-1 jf. § 1-2 nr. 1.

Tidligere var regnskapsreglene inntatt i asl. 1976 kap. 11, og brudd på dem medførte tilbakeføringsplikt etter daværende asl. § 12-8.<sup>153</sup> Et eksempel er at selskapet hadde utdelt høyere utbytte enn loven tillot. Etter aksjelovreformen ble regnskapsreglene tatt inn i egen regnskapslov, men samtidig knyttet nær opptil aksjeloven, jf. asl. § 8-1. Ordlyden i asl. § 3-7 første ledd første punktum forutsetter at tilbakeføringsregelen kun får anvendelse hvis utbyttet er utdelt ”i strid med bestemmelsene i loven”. Brudd på regnskapsreglene faller etter en naturlig språklig forståelse utenfor bestemmelsens ordlyd, fordi de er hjemlet i regnskapsloven, og ikke i aksjeloven.

På den annen side kobles ordlyden i asl. § 8-1 første ledd eksplisitt opp til regnskapslovens regler, jf. ”årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår”. Hensynet bak både asl. § 8-1 og regnskapsreglene er kreditorvern, gjennom beskyttelse av den bundne egenkapitalen. Dette taler for at brudd på regnskapsreglene isolert sett medfører ulovlighet og tilbakeføringsplikt. Er f.eks. ikke årsregnskapet korrekt oppstilt, eller kravet om ”god forretningsskikk” i rskl. § 4-6 oppfylt, antas det at utbyttet er ulovlig.

Synspunktet støttes også av generalforsamlingens plikt til å nekte godkjennelse etter asl. § 5-5 annet ledd nr. 1 jf. § 8-1, hvis årsregnskapet er i strid med regnskapslovens regler. Styret har i slike tilfeller plikt til å fremlegge et revidert årsregnskap til ny

---

<sup>153</sup> Skåre og Knudsen 1991 s. 317.

godkjennelse.<sup>154</sup> Det er ikke noe i de autoritative rettskilder som tyder på at rettstilstanden etter aksjelovreformen er endret. I svensk rett er tilbakeføringsregelen gitt analogisk anvendelse på overtredelser av den svenske regnskapsloven.<sup>155</sup> Etter mitt syn taler dette alt i alt for at brudd på regnskapsreglene kan medføre tilbakeføringsplikt på selvstendig grunnlag.

Et praktisk eksempel på at regnskapsreglene er brutt, er at selskapets eiendeler og inntekter er satt for høyt i verdi, eller gjeld og utgifter for lavt. Utbyttegrunnlaget selskapet har kommet frem til på feil regnskapsmessig grunnlag, må reduseres tilsvarende hvis det er for høyt. Går feilen tilbake til foregående årsoppgjør, vil den ha tilbakevirkende kraft på allerede utdelt utbytte. Illustrerende for problematikken er Rt 1997 s. 1430 (skattesak), der selskapet hadde utdelt for høyt utbytte, fordi det var beregnet for små avskrivninger på anleggsmidlene.<sup>156</sup> Selskapet sto oppført med større egenkapital i balansen enn den reelle.

---

<sup>154</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 344. Saml. "Norion Bank"-dommen om vesentlige feil i regnskapet ved kapitalnedsettelse.

<sup>155</sup> Jf. ABL 12:5, Andersson 1995 s. 569.

<sup>156</sup> Andenæs 1998 s. 336.

## **6 Brudd på vedtektsbestemmelser eller avtalemessige begrensninger**

En naturlig tolkning av formuleringen ”i strid med bestemmelsene i loven” i asl.

§ 3-7 første ledd første punktum, tilsier at brudd på vedtektsbestemmelser ikke kan medføre ulovlighet og tilbakeføringsplikt. I juridisk teori er det imidlertid antatt at utbytteutdelinger som tilsidesetter vedtektsbestemmelser, uten at reglene for vedtektsendringer i asl. § 5-18 (jf. § 5-10 tredje ledd) er fulgt, vil medføre at utdelingen anses ulovlig.<sup>157</sup> Spørsmålet er ikke diskutert i forarbeidene og lite i teorien.

Bestemmelser som gir hjemmel for fravikelse ved vedtekter, er begrunnet i aksjeeier- og/eller selskapsinteressen, jf. punkt 4.3. Brudd på vedtektsbestemmelsene vil ikke medføre ulovlighet dersom aksjeeierne følger endringsreglene i asl. § 5-18. Vedtas utbytteutdelingen med 2/3 kapital- og stemmeflertall vil den være lovlig, hvis ikke et strengere flertallskrav gjelder, jf. asl. § 5-18 tredje ledd. Er endringsreglene ikke fulgt, er minoritetsinteressen krenket og utbyttet i utgangspunktet ulovlig. Den aksjeeier hvis rett er trådt for nær, her minoriteten, kan likevel godkjenne krenkelsen i ettertid. Samtykket reparerer ulovligheten.

Hensynet til minoritetsinteressen taler for at brudd på vedtektsbestemmelsene bør undergis tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum, om samtykke ikke foreligger. Uttrykket ”i strid med loven eller selskapets vedtekter” i asl. § 5-22 støtter også synspunktet. Hensynet til konsekvens og harmoni i aksjeloven tilsier at samme formulering bør innfortolkes i ordlyden i asl. § 3-7 første ledd første punktum. Etter min mening er det etter dette gode grunner for å gi tilbakeføringsregelen anvendelse på utbytte i strid med vedtektsbestemmelsene.

Vedtektsbestemmelser i strid med de materielle reglene i asl. § 8-1 vil uten videre være ulovlige og anses som en ”nullitet”. Som eksempel kan tenkes at selskapet i vedtektene har fastsatt at aksjeeierne skal tildeles avkastning på aksjeinnskuddet på andre vilkår

---

<sup>157</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 168, Andenæs 1998 s. 342.

enn asl. § 8-1 foreskriver, f.eks. ved en fast rente pr. mnd./år.<sup>158</sup> Utbyttet må holde seg innenfor utbytterammen i asl. § 8-1, herunder de skjønnsmessige begrensningene i asl. § 8-1 fjerde ledd og asl. § 3-4.<sup>159</sup>

Har selskapet i henhold til asl. § 4-1 annet og tredje punktum fraveket likhetsprinsippet ved å vedtektsfeste ulik rett til utbytte i forskjellige aksjeklasser, vil brudd på regelen i utgangspunktet medføre tilbakeføringsplikt av det mottatte.<sup>160</sup> Deler selskapet ut et større utbyttebeløp til aksjeeierne i aksjeklasse C enn vedtektene angir, vil utdelingen etter en språklig forståelse ikke være ”i strid med bestemmelsene i loven”. På den annen side vil den være i strid med aksjelovens likhetsprinsipp, slik dette må forstås i henhold til vedtektsreguleringen, forutsatt at reglene for vedtektsendring ikke er overholdt. Det må imidlertid understrekes at vedtektsbestemmelsenes formål er å ivareta aksjeeierinteressen, og ikke kreditorinteressen. Samtykke fra de berørte minoritetsaksjeeierne kan reparere ulovligheten, jf. punkt 4.3 og 7.3.1.

Dersom selskapet har valgt å begrense adgangen til å utdele utbytte i en avtale med f.eks. kreditorene, kan det spørres hvilke rettsvirkninger som inntreffer hvis selskapet ikke overholder lånevilkårene. Det er alminnelig antatt i juridisk teori at en utbytteutdeling fra selskapet i strid med avtalevilkårene ikke medfører aksjerettslig ulovlighet. Rettsvirkningen blir i tilfelle at utdelingen anses som et alminnelig avtalebrudd, med påfølgende misligholdsbeføyelser.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Matre, Karnov note 1026.

<sup>159</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 488, Andenæs 1998 s. 338.

<sup>160</sup> Keiserud 2000 s. 477.

<sup>161</sup> Berge m.fl. 2002 s. 55.



## 7 Brudd på de formelle reglene

### 7.1 Aksjelovens saksbehandlingsregler generelt

En sentral problemstilling er om brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler generelt, uavhengig av om de formelle reglene i asl. kap. 8 er overholdt, kan medføre at utbyttet må anses ulovlig utdelt.

I denne forbindelse tas det utgangspunkt i Rt 2003 s. 1501.<sup>162</sup> Hovedproblemstillingen for Høyesterett og de tidligere instanser var om brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler generelt, herunder innkallingsreglene, kunne gi grunnlag for tilbakebetaling av utbyttet. Saken gjaldt tilbakeføringskrav etter 1976-loven § 12-8 (nåværende asl. § 3-7 første ledd), grunnet brudd på innkallingsreglene i lovens § 9-8 og § 9-9 (nåværende asl. § 5-8 til § 5-10). Den materielle utbytterammen var overholdt, og utbyttet beløpsmessig lovlig.

Saksforholdet gikk ut på at det oppsto tvist mellom majoritets- og minoritetsaksjeeierne i holdingselskapet Kolb AS. Minoritetsaksjeeieren med en eierandel på 49 % mente det forelå vesentlige feil ved innkallingen til ordinær generalforsamling. Det forelå verken styrevedtak for innkalling eller innkalling til generalforsamlingen, og årsoppgjør samt revisjonsberetning var ikke sendt. Med bakgrunn i påstanden om ulovlig innkalling, krevde minoritetsaksjeeieren at utbyttet skulle tilbakebetales. Majoritetsaksjeeieren hadde på den ordinære generalforsamlingen vedtatt å utdele maksimalt utbytte.

Lagmannsretten konkluderte med at daværende asl. § 12-8 første ledd ikke ga grunnlag for tilbakeføringskrav grunnet saksbehandlingsfeil, fordi bestemmelsen primært omfattet materielle feil. Høyesterett kom til motsatt konklusjon, fordi tilbakeføringsplikten i asl. § 3-7 viser ”*generelt til brudd på lovens regler*”. Som begrunnelse for resultatet støttet Høyesterett seg på flere rettskildefaktorer. Førstvoterende konkluderte i den enstemmige dommen med at:

---

<sup>162</sup> Knudsen, NTS nr. 2/2004 s. 165 flg.

*”Jeg finner ikke rettskildemessige holdepunkter for å tolke § 12-8 første ledd slik at den bare gjelder brudd på materielle regler, og jeg ser ikke noen god grunn til en slik begrensning. Det er viktig at saksbehandlingsreglene følges for å sikre samtlige aksjonærers og kreditorenes interesser.”*

For det første viste retten til at ordlyden i asl. § 12-8, ”i strid med bestemmelsene i denne lov”, ikke inneholdt noen eksplisitte begrensninger mht. hvilke feil som omfattes av tilbakeføringsplikten. Videre kunne det ikke utledes noe av forarbeidenes uttalelser, verken til 1976- eller 1997-loven, som støttet lagmannsrettens konklusjon. Tvert om fant Høyesterett at uttalelsen i forarbeidene til 1976-loven § 12-8, om at tilbakeføringsregelen får anvendelse ”uten hensyn til om det er en bestemmelse til beskyttelse av andre aksjeeiere eller av selskapets kreditorer som er krenket”, talte sterkt for at ordlyden ikke kunne begrenses til kun å gjelde materielle feil.<sup>163</sup> Uttalelsen er fremdeles relevant, siden asl. § 3-7 første ledd i hovedsak tilsvarende forgjengeren.

Retten avviste kort lagmannsrettens slutning om at forskjellen i ordlyden mellom asl. § 12-8 og asl. § 9-17 (nåværende asl. § 5-22 flg.) tilsa en begrenset rekkevidde for tilbakeføringsregelen. Høyesterett trakk også inn norsk og svensk juridisk teori som ytterligere holdepunkter for at saksbehandlingsfeil er omfattet av tilbakeføringsplikten.<sup>164</sup> I tillegg ble hensynet til konsekvens og sammenheng mellom bestemmelsene i aksjeloven tillagt vekt, ved at det bør kunne kreves fullbyrdsdom for at en ulovlig utbytteutdeling skal tilbakebetales, når det kan kreves fastsettelsesdom for at den er ugyldig etter asl. § 9-17.

Etter en helhetsvurdering fastslo retten at samtlige rettskilder talte for at asl. § 12-8 har et generelt anvendelsesområde, herunder at både brudd på materielle og formelle regler i aksjeloven omfattes av tilbakeføringsregelen. Høyesterett synes å ha tillagt forarbeidenes uttalelse om at regelen skal verne både kreditor- og aksjeeierinteressen størst vekt. Dommen har stor rettskildeverdi, fordi den er alene om å angi at brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler generelt omfattes av asl. § 3-7 første ledd første punktum.

---

<sup>163</sup> Innst. 1970 s. 173.

<sup>164</sup> Giertsen JV nr. 4/2003 s. 250, Andersson m.fl. 2003 s. 12:33.

## 7.2 Kausalitetskravet

I henhold til rettspraksis og juridisk teori medfører ikke ethvert brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler, eller vedtektsbestemte saksbehandlingsregler, ulovlighet og ugyldighet. Et krav om at saksbehandlingsfeilen kan eller må ha hatt betydning for beslutningens innhold for at ulovlighet skal inntre, kalles i juridisk terminologi for ”kausalitetskravet”.<sup>165</sup> Problemstillingen er tradisjonelt drøftet i forbindelse med generalforsamlingens beslutninger og ugyldighetssøksmål, jf. asl. § 5-22 flg. Det har vært uenighet om hvilke saksbehandlingsfeil kravet gjelder. Blant annet er det hevdet at kausalitetskravet ikke gjelder ved vesentlige brudd på innkallingsreglene.

Høyesterett behandlet i Rt 2003 s. 1501 også spørsmålet om det etter norsk rett må innfortolkes et ”kausalitetskrav” ved brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler. I domspremissene behandlet retten både eksistensen av og innholdet i kausalitetskravet. Førstvoterende uttalte i dommen:

*”Jeg er enig i at generalforsamlingsvedtak generelt ikke uten videre blir ugyldig dersom det er begått formelle feil. Det må oppstilles et kausalitetskrav.”*

At det eksisterer et kausalitetskrav ved brudd på saksbehandlingsregler, begrunnet retten i ”stor enighet” i ”sentral selskapsrettslig litteratur”, herunder Andenæs argumenter i forbindelse med ugyldighetssøksmål etter asl. 1976 § 9-17. Tidligere rettspraksis vedrørende brudd på innkallingsreglene ble tillagt liten vekt, fordi kausalitetskravet ikke var drøftet.<sup>166</sup> Høyesteretts begrunnelse for ikke å begrense kausalitetskravets rekkevidde til kun å gjelde visse typer saksbehandlingsfeil, var at grensene for ugyldighet etter asl. § 9-17 og ulovlighet etter asl. § 12-8 må anses sammenfallende. Kausalitetskravet gjelder generelt for alle saksbehandlingsfeil.

Høyesterett unnlot bevisst å formulere et presist innhold i kausalitetskravet. Årsaken er at kravets innhold beror på den konkrete feil som er begått, og på selskapets ”størrelse og karakter”. I denne forbindelse viste retten til dansk teori.<sup>167</sup> Et stringent innhold ville

---

<sup>165</sup> Innst. 1970 s. 138, Rt 1938 s. 262, Rt 1957 s. 257, Rt 1979 s. 770 og Andenæs 1998 s. 243.

<sup>166</sup> Rt 1936 s. 510 og Rt 1996 s. 346.

<sup>167</sup> Werlauff 1983 s. 547.

fratatt dommen dens betydning ved brudd på andre saksbehandlingsregler enn innkallingsreglene. Førstvoterende uttalte på generell basis at kausalitetskravet forutsetter at *"feilen må ha hatt, eventuelt kunne ha hatt betydning for"* utbyttebeslutningen. Hvilken sannsynlighetsgrad som kreves for å konstatere innvirkning og eventuell ulovlighet, angis ikke eksplisitt. En naturlig fortolkning av formuleringen *"kunne ha hatt"* tilsier at kravet er oppfylt dersom det ikke kan utelukkes at feilen har innvirket på beslutningens innhold.<sup>168</sup> Høyesterett fremhevet videre at det må *"oppstilles en sterk presumsjon for at feilen har hatt betydning"* hvis den overtrådte regelen er vesentlig for å ivareta aksjeeiernes interesser på generalforsamlingen. Etter rettens oppfatning øker sannsynligheten for innvirkning, jo grovere bruddet på slike saksbehandlingsregler er.

I vurderingen av om kausalitetskravet var oppfylt, la retten avgjørende vekt på at saksbehandlingsfeilene gjaldt tilsidesettelse av regler som skal ivareta minoritetsaksjeeiernes interesser. Det er av stor betydning for enhver aksjeeier, særlig minoriteten, å kunne delta og påvirke generalforsamlingens utbyttebeslutning. Retten mente kausalitetskravet var oppfylt, fordi minoritetsaksjeeieren ikke var lovlig innkalt til generalforsamlingen, og derfor ikke kunne ivareta sin sentrale interesse i kapitalavkastning. Saksbehandlingsfeilene ble ansett som grove.

Et spørsmål er om ikke Høyesterett har oppstilt en for lav sannsynlighetsterskel for å anse kausalitetskravet oppfylt. Etter rettens syn er det tilstrekkelig at *"en diskusjon og en nærmere vurdering av utbyttet ikke helt kunne utelukkes"*. Uttalelsen tilsier at det i praksis kreves lite før saksbehandlingsfeil som skyldes brudd på innkallingsreglene, eller lignende regler, kan ha innvirkning på vedtaket. Kausalitetskravet har dermed fått en omfattende rekkevidde, når en diskusjon ikke helt kan utelukkes uansett hvor liten prosent minoriteten utgjør.

Det kan spørres om rettens begrunnelse for å anse kausalitetskravet oppfylt er god nok. Flertallets (majoritetsaksjeeiernes) votum vil uansett være avgjørende for utfallet av et utbyttevedtak på generalforsamlingen. Dette argumentet var etter rettens syn ikke relevant ved avgjørelsen av om feilene kunne ha innvirket på beslutningen. Jeg er enig i

---

<sup>168</sup> Saml. kausalitetskravet i forvaltningsretten.

at argumentet ikke er helt avgjørende, fordi det ville frata minoriteten tale- og møterettigheter den er tillagt i forbindelse med generalforsamlingsbeslutninger. På den annen side bør det være en viss balanse mellom hvordan utbyttebeslutningen treffes i praksis og hvor sterkt minoritetsvernet bør være, når et kausalitetskrav "konstrueres". Rettens uttalelse indikerer at kun minoritetsinteressen er tillagt vekt, ved fastleggelsen av kausalitetskravets innhold. I tillegg øker sannsynligheten for uenighet på generalforsamlinger normalt med antall aksjeeiere i selskapet. I denne saken var det kun to aksjeeiere, og sannsynligheten for uenighet om utbyttespørsmålet var muligens liten.

Høyesterett konkluderte med at utbyttet var ulovlig utbetalt, og at det i utgangspunktet kunne kreves tilbakeført etter asl. § 12-8. Tilbakeføringskravet ble likevel ikke tatt til følge pga. det spesielle saksforholdet. Utbyttevedtaket forble derfor lovlig.

Sammenfatningsvis kan det sies at dommen har klargjort rettstilstanden vedrørende kausalitetskravet, og at den har en viktig og rettsskapende funksjon. Det er nå sikker rett at kausalitetskravet må innfortolkes ved brudd på alle fravikelige saksbehandlingsregler, for at feil skal kunne tillegges ugyldighets- og ulovlighetsvirkninger. Ubetydelige saksbehandlingsfeil medfører ikke ulovlighet. Dommen understreker samtidig viktigheten av minoritetsvernet. På den annen side er Høyesteretts uttalelser noe vage, og kan skape problemer mht. om kausalitetskravet er oppfylt eller ikke. Spesielt brudd på innkallingsreglene vil nok medføre at generalforsamlingsbeslutninger, særlig utbyttebeslutninger, hyppig blir å anse som ugyldige i fremtiden.

## 7.3 Reparasjon og godkjennelse

### 7.3.1 Aksjerettslig

En praktisk problemstilling er om ulovlighet som skyldes brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler kan repareres eller godkjennes, slik at boet likevel ikke kan påberope seg et tilbakeføringskrav etter asl. § 3-7 første ledd første punktum. En forutsetning for reparasjon/godkjennelse er at den overtrådte saksbehandlingsregelen ikke skal beskytte kreditorinteressen.

Aksjeeierne kan i visse tilfeller reparere de saksbehandlingsfeilene som gjør utbytteutdelingen ulovlig. Dette kan enten skje ved at aksjeeierne ved flertall treffer en

ny lovlig generalforsamlingsbeslutning som reparerer feilene i den første beslutningen, ved passivitet gjennom fristoverskridelse (jf. asl. § 5-23) eller ved at samtlige aksjeeiere godkjenner den begåtte saksbehandlingsfeilen i ettertid.

Prinsippet om etterfølgende reparasjon/godkjennelse er fastslått i rettspraksis og har støtte i juridisk teori. Innholdsmessig går det ut på at en feil ikke tillegges betydning etter reparasjonen/godkjennelsen.<sup>169</sup> Ulovligheten og ugyldigheten bortfaller.

Reiser aksjeeieren ikke sak om ugyldig generalforsamlingsbeslutning grunnet saksbehandlingsfeil innen tre måneder etter at beslutningen ble truffet, er beslutningen gyldig til tross for feilen, jf. asl. § 5-23 første ledd annet punktum.

Saksbehandlingsfeilen reparerer da ved passivitet, og utbytteutdelingen anses lovlig etter fristens utløp. Preskripsjonsregelen i første ledd gjelder imidlertid ikke dersom generalforsamlingsbeslutningen er i strid med preseptorisk lov, jf. asl. § 5-23 annet ledd. Reparasjon gjennom passivitet er ikke mulig, hvis beslutningen strider mot utbytteregler i asl. kap. 8 som beskytter kreditorinteressen.<sup>170</sup>

Har selskapsorganene brutt aksjelovens saksbehandlingsregler, er det antatt at aksjeeierne også har adgang til å godkjenne feil i ettertid, forutsatt lovlig regnskapsgodkjennelse, jf. Rt 1929 s. 503. Saken dreier seg egentlig om et konkursbos ansvarskrav mot tidligere styremedlemmer, og er av eldre dato. Til tross for dette har dommen fremdeles rettskildemessig vekt i forbindelse med avgjørelsen av reparasjonsspørsmålet. Det anses som en alminnelig ulovfestet rettsgrunnsetning at aksjeeierne ved enstemmighet kan godkjenne saksbehandlingsfeil, forutsatt at den overtrådte bestemmelsen kun er oppstilt i aksjeeierinteressen, herunder minoritetsinteressen.

Høyesterett bekreftet i Rt 2003 s. 1501 at det er mulighet for etterfølgende reparasjon/godkjennelse ved samtykke fra de berørte aksjeeierne. Aksjeeierne i den konkrete saken hadde riktignok en lovfestet adgang til å godkjenne saksbehandlingsfeilene, jf. asl. § 5-14 første ledd. Jeg mener likevel Høyesteretts

---

<sup>169</sup> Rt 1929 s. 503, Rt 2003 s. 1501, Andenæs 1998 s. 342, Aarbakke m.fl. 2004 s. 598.

<sup>170</sup> Aarbakke m.fl. 2000 s. 339.

uttalelse om at *”feil i visse tilfeller må kunne repareres, liksom samtykke fra de berørte vil kunne medføre at feilen ikke får betydning”*, har en mer generell rekkevidde.

### 7.3.2 Skatterettslig

Et interessant spørsmål er om det finnes unntak fra hovedregelen om at saksbehandlingsreglene i aksjeloven må være fulgt, for at aksjeeieren skal ha rett til godtgjørelse etter sktl. § 10-12 tredje ledd. Om utbyttet er aksjerettslig ulovlig grunnet brudd på f.eks. innkallingsreglene, vil det da uansett anses ulovlig skatterettslig, med påfølgende tap av godtgjørelse og skatteplikt?

Utgangspunktet i skatteretten er at det ikke er mulig med etterfølgende reparasjon/godkjennelse ved brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler.<sup>171</sup> Fra ligningspraksis foreligger det imidlertid eksempler på at aksjeeieren til tross for saksbehandlingsfeil har oppnådd godtgjørelse. I de tilfeller reparasjon er godtatt har feilens karakter og omfang ikke vært betydelig. Har selskapet begått klare brudd på de formelle utbyttereglerne, f.eks. at styret i strid med asl. § 8-2 har besluttet utdelt utbytte, er utbyttet i henhold til rettspraksis skatterettslig ulovlig.<sup>172</sup>

Rettstilstanden på området er usikker.

Rettskildeargumenter som taler for at ikke ethvert brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler medfører skatterettslig ulovlighet, fremgår av Utv. 1996 s. 93 URD og Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2003 s. 796. I henhold til departementets uttalelse bør utbetydelige brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler normalt ikke få skatterettslig betydning, med mindre særlige hensyn tilsier det motsatte. Ellers ville det være liten forholdsmessighet mellom feilen og dens konsekvenser. Departementet fastslår med støtte i reelle hensyn og formålsbetraktninger at det må innfortolkes et vesentlighetskriterium for å avgjøre om aksjerettslige saksbehandlingsfeil skal medføre skatteplikt. Det fremgår indirekte at man befinner seg på et uavklart rettsområde, hvor en revurdering av regelverket er nødvendig. Vesentlighetskriteriet gjelder ikke dersom feilen er av *”en slik karakter at den kunne medført ugyldighet dersom den ble*

---

<sup>171</sup> Berge m.fl. 2002 s. 121.

<sup>172</sup> Utv. 1996 s. 179 og Utv. 1997 s. 697.

*påberopt*”. Brudd på aksjelovens preseptoriske saksbehandlingsregler medfører følgelig uansett tap av godtgjørelse og 28 % skatt på det ulovlige utbyttet.

Uttalelsen gjelder direkte vilkåret om at en fusjon/fisjon må være ”lovlig” gjennomført for å anses skattefri, jf. sktl. § 11-1 annet ledd, og betydningen av saksbehandlingsfeil i denne forbindelse. Uttalelsen har innholdsmessig stor overføringsverdi til vurderingen av det tilsvarende lovlighetskriteriet i sktl. § 10-12 annet ledd annet punktum, og betydningen av brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler mht. utbytteutdelingers lovlighet skatterettslig. Begrunnelsen er at hensynene bak både kap. 8 og kap. 13 og 14, er å ivareta kreditorinteressen og minoritetsinteressen.<sup>173</sup>

I en nylig avsagt høyesterettsdom 2. februar 2005 vedrørende spørsmålet om en fisjon var skattefri, ble en klar protokollasjonsfeil i forbindelse med generalforsamlingens beslutning om kapitalnedsettelse tillagt liten betydning. Ved vurderingen av feilens betydning la Høyesterett vesentlighetskriteriet til grunn, og viste i denne forbindelse til departementets uttalelse og skattemyndighetenes praksis. Fisjonen ble ansett lovlig gjennomført og skattefri, fordi intensjonen med protokollen sett i sin sammenheng måtte være å innløse aksjene.

Det kan utledes av dommen at Høyesterett anser vesentlighetskriteriet som gjeldende rett; først og fremst ved vurderingen av saksbehandlingsfeil ved gjennomføring av fusjoner/fisjoner. Retten synes å ha lagt en forholdsvis høy terskel til grunn når det gjelder hva som kan godtas av brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler før skatteplikt inntreffer. Hvor terskelen mer nøyaktig skal gå vil fremtidig retts- og ligningspraksis vise. Det antas at dommen også har stor betydning ved vurderingen av om et utbytte anses lovlig skatterettslig.

Høyesteretts og departementets konklusjon er etter min mening hensiktsmessig. De selskapsrettslige saksbehandlingsreglene skal normalt ikke ivareta skattemessige hensyn. Reelle hensyn taler også for at nektelse av godtgjørelse på utbytte og skatteplikt, i tilfeller hvor saksbehandlingsfeilen er ubetydelig og utilsiktet, medfører en urimelig streng reaksjon.

---

<sup>173</sup> Andenæs 1998 s. 441.



På bakgrunn av det ovennevnte må konklusjonen bli at det finnes unntak fra hovedregelen, fordi vesentlighetskriteriet må innfortolkes. Dette til tross for at skattemyndighetene generelt har vært restriktive mht. brudd på aksjelovens formelle og materielle regler. Unntaket kan kalles en etterfølgende ”skatterettslig godkjenning”.

#### 7.4 Asl. § 8-2

Den særskilte saksbehandlingsregelen i asl. § 8-2 angir funksjonsfordelingen mellom styret og generalforsamlingen. Et viktig spørsmål er om brudd på fremgangsmåten i asl. § 8-2 er et selvstendig grunnlag for å kreve tilbakeføring etter asl. § 3-7 første ledd første punktum.

Spørsmålet relaterer seg som nevnt innledningsvis både til tilfeller hvor selskapet åpenbart har brutt formkravene, og til tilfeller hvor selskapet har foretatt maskerte utbytteutdelinger. Problemstillingen er viet liten plass i norske rettskilder, til tross for at det i praksis ofte forekommer at feil selskapsorgan utbetaler utbytte uten foregående generalforsamlingsbeslutning. De klareste bruddene på formkravene i asl. § 8-2 skjer i enmanns- eller fåmannsselskaper, hvor aksjeeierne utgjør selskapsorganene og skillet mellom den private økonomi og selskapets økonomi ikke er klart.<sup>174</sup>

Løsningen må finnes ved en tolkning av asl. § 8-2 og hvilke interesser bestemmelsen skal ivareta. Er bestemmelsen preseptorisk fordi den verner kreditorinteressen, vil ethvert brudd på de formelle reglene medføre ulovlighet. Skal den kun ivareta aksjeeierinteressen, må kausalitetskravet innfortolkes og eventuell ulovlighet kunne repareres/godkjennes i ettertid.

Det fremgår ikke eksplisitt av ordlyden i asl. § 8-2 om den er av preseptorisk eller relativt preseptorisk karakter. Lovteksten er uklar. Bestemmelsens prinsipp om at generalforsamlingen treffer utbyttebeslutningen etter forslag/godkjenning fra styret, tilsier at lovgivers intensjon har vært å angi uttømmende hvilke formkrav som må

---

<sup>174</sup> Berge m.fl. 2002 s. 121.

oppfylles for at utbetalingen skal være lovlig. Lovteksten regulerer kun de alminnelige former for utbytteutdelinger, ikke de maskerte og irregulære.

Forarbeidenes uttalelser gir relativt lite i tolkningsprosessen. Et viktig moment som fremheves, er at eventuell uenighet mellom styret og generalforsamlingen – dvs. uenighet som kan resultere i kompetanseoverskridelse – må løses ved utskifting av styret.<sup>175</sup> Uttalelsen gir visse holdepunkter for at regelen er preseptorisk. Ordningen medfører at generalforsamlingen kan skifte ut styret til de eventuelt får gjennomslag for sitt utbytteønske, jf. asl. § 6-7 annet ledd. Resultatet kan bli en ”runddans” mellom ulovlighet, utskifting av styret og nytt valg av styre. Spørsmålet om en utbytteutdelings lovlighet ved brudd på asl. § 8-2 har så vidt jeg vet ikke vært uttrykkelig behandlet av domstolene. I saker hvor bestemmelsen er nevnt, har problemstillingen vært hvorvidt det utdelte utbyttebeløp ligger innenfor utbytterammen i asl. § 8-1.

Utgangspunktet om at både de materielle og de formelle utbyttereglene må være oppfylt for at utdelingen skal være lovlig, tilsier at asl. § 8-2 anses som preseptorisk etter norsk aksjeselskapsrett.<sup>176</sup> Etter min mening er standpunktet ikke tilstrekkelig begrunnet, fordi verken forarbeidene, rettspraksis eller juridisk teori redegjør i særlig grad for hvilke interesser bestemmelsen skal ivareta.

Formkravene i kap. 8 er først og fremst oppstilt for å ivareta minoritetsinteressen.<sup>177</sup> Asl. § 8-2 har i likhet med ”utsultingsregelen” i asl. § 8-4 dette formålet. Bestemmelsen skal regulere hva generalforsamlingen (majoriteten) har kompetanse til å gjøre i beslutningsprosessen. Asl. § 8-2 inneholder gjennom styrets vetorett en viktig mekanisme som skal hindre at majoriteten uthuler selskapskapitalen ved å føre en ”grådig” utbyttepolitikk.

Et viktig spørsmål er om bestemmelsen også skal ivareta kreditorinteressen, slik at den har et dobbelt beskyttelsesformål. Bestemmelsen er i tilfelle preseptorisk, og kan ikke fravikes ved samtykke fra samtlige aksjeeiere.

---

<sup>175</sup> NOU 1996:3 s. 155.

<sup>176</sup> Jf. punkt 4.1.

<sup>177</sup> Perland, TtF nr. 4/2004 s. 532. Tilsvarende Lindskog 1994 s. 78 og Nerep 1994 s. 228.

Et spesielt trekk ved asl. § 8-2 er bestemmelsens annet punktum, som angir styrets særlige vetorett. Lovgiveren har her fratatt generalforsamlingen dens alminnelige instruksjonsmyndighet overfor styret. Styret har kompetanse til å nekte utbytteutdeling, eller til å sette et beløpsmessig ”tak” på utbetalingen. Ifølge forarbeidene er bakgrunnen for funksjonsfordelingen mellom selskapsorganene at styret har det alminnelige og overordnede forvaltningsansvaret for selskapet, jf. asl. § 6-12 første ledd.<sup>178</sup> Ansvarer omfatter også selskapets økonomiske stilling, herunder at selskapets egenkapital holder seg på et forsvarlig nivå, jf. asl. § 3-4 jf. § 6-12 tredje ledd. Styret skal etter asl. § 3-4 påse at kapitalgrunnlaget er forsvarlig ”ut fra risikoen ved og omfanget av” selskapets virksomhet. Dette betyr at selskapet ikke må utbetale midler til ugunst for kreditorene, før styret har vurdert hva som beløpsmessig kan utdeles i utbytte.<sup>179</sup>

Styrets vetorett må anses som et utslag av kreditorvernet.<sup>180</sup> I tillegg til at asl. § 8-2 ivaretar minoritetsinteressen, beskytter den derfor også selskapskreditorene i nært samspill med asl. § 8-1. Brudd på bestemmelsens saksbehandlingsregler vil i utgangspunktet medføre ulovlighet. Styrets posisjon må imidlertid sees i lys av asl. § 6-7 annet ledd, og det faktum at aksjemajoriteten velger styremedlemmene.

At selskapsorganene går utenfor sitt kompetanseområde, vil som hovedregel i seg selv medføre ugyldighet og ulovlighet.<sup>181</sup> Generalforsamlingen kan ikke delegere kompetansen til å fatte utbyttebeslutninger videre til styret eller daglig leder, verken gjennom vedtektsbestemmelser, generalforsamlingsbeslutninger eller samtykke fra samtlige aksjeeiere.<sup>182</sup> Ut fra et ”corporate governance”-perspektiv, gjennom rollefordelingen mellom styret og generalforsamlingen, skal asl. § 8-2 beskytte selskapskapitalen ved f.eks. å forhindre forfordeling av majoritetsaksjeeierne i mindre

---

<sup>178</sup> NOU 1996:3 s. 155.

<sup>179</sup> Om styreansvar se Normann Aarum 1994 s. 301 flg.

<sup>180</sup> Woxholth 2004 s. 186.

<sup>181</sup> Arbakke m.fl. 2004 s. 410. Tilsvarende Andersson 2000 s. 61.

<sup>182</sup> Woxholth s. 186. Tilsvarende Werlauff 1983 s. 108 og Andersson 1995 s. 577. En annen ting er at styret/daglig leder gjerne tilsvare aksjeeierne i enmanns- eller fåmannsselskaper.

selskaper.<sup>183</sup> Siden bestemmelsen har en side til kreditorinteressen, vil ulovlighet inntre allerede av denne grunn.

Videre må det drøftes om det til tross for asl. § 8-2s karakter kan tenkes modifikasjoner i det preseptoriske utgangspunktet.

Høyesterett åpner for et mulig unntak i Rt 1929 s. 503.<sup>184</sup> I henhold til dommen kan aksjeeierne i ettertid godkjenne brudd på asl. § 8-2 (tilsvarende asl. 1910 § 38), som ledelsen har foretatt i utdelingsprosessen. Dette fordrer at utbyttereglerne følges, bl.a. kravet om lovlig regnskapsgodkjennelse. Dommen er hittil alene om å antyde at bestemmelsen kan fravikes ved samtykke fra alle aksjeeierne. Høyesterett behandlet i Rt 2003 s. 1501 brudd på saksbehandlingsreglene generelt, men omtalte ikke konsekvensene av brudd på formkravene i asl. § 8-2 spesielt.

Siden de norske rettskildene på området er sparsomme, kan svenske og danske rettskilder komme inn med større tyngde ved tolkningen av asl. § 8-2.

I svensk juridisk teori er det uenighet om hvilken karakter den tilsvarende bestemmelsen i ABL 12:3 første ledd har. Noen mener den er helt preseptorisk, og andre at den er fravikelig ved enstemmighet fra aksjeeierne. Andersson er av førstnevnte oppfatning, fordi regelen om styrets vetorett må anses oppstilt i kreditorinteressen. Brudd på ABL 12:3 første ledd annet punktum medfører etter hans syn ubetinget tilbakeføringsplikt etter ABL 12:5.<sup>185</sup> Han mener derimot at ABL 12:3 første punktum kan fravikes ved enstemmighet fra aksjeeierne, hvis de ønsker å utdele utbytte på ekstraordinær generalforsamling. Synspunktet samsvarer med utgangspunktet i norsk rett.

På den annen side mener flere teoretikere, herunder Nerep, Lindskog og Rodhe, at regelen om styrets vetorett lovlig må kunne fravikes ved enstemmighet fra aksjeeierne. Etter deres syn vil en utbyttebeslutning i strid med formkravene ikke uten videre være

---

<sup>183</sup> Om "corporate governance" se Bråthen 2004 s. 14 flg.

<sup>184</sup> Aarbakke m.fl. 2004 s. 598, Andenæs 1998 s. 342, Matre, Karnov note 1027.

<sup>185</sup> Andersson 1995 s. 567.

en ”nullitet”.<sup>186</sup> Konklusjonen begrunnes dels i at formreglene i utbyttekapitlet kun er oppstilt for å beskytte minoritetsinteressen, og det alminnelige prinsippet om at aksjeeierne i slike tilfeller kan fravike reglene ved enstemmighet. Kreditorinteressen anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom ABL 12:2 (tilsvarende asl. § 8-1). Dels støttes konklusjonen også på uttalelser i forarbeidene.<sup>187</sup>

Synspunktet i dansk rett synes også å være at utbytteutbetalinger kan foretas uten en foregående formell generalforsamlingsbeslutning, forutsatt at beløpet ikke overstiger utbytterammen i DAL § 110 (tilsvarende asl. § 8-1).<sup>188</sup> Danske rettskilder omhandler problemstillingen i mindre grad enn svensk rett.

Det kan ikke utledes noen klar løsning av svensk rettspraksis som fastslår at ABL 12:3 første ledd annet punktum kan fravikes ved samtykke fra samtlige aksjeeiere. Dette understrekes også av Nerep og Rodhe. I de tilfeller domstolene har godkjent en maskert utbytteutdeling som lovlig, har det dreid seg om enmannsaksjeselskaper, hvor aksjeeieren er sammenfallende med styret. En lovlig maskert utbytteutdeling forutsetter i henhold til rettspraksis at utbytterammen i asl. § 8-1 er overholdt, og at samtlige aksjeeiere har samtykket til utdelingen. Det stilles ikke noe formkrav til aksjeeiernes samtykke, et konkludent samtykke er tilstrekkelig.<sup>189</sup> Dansk rett har et mer restriktivt synspunkt på om maskert utbytte kan anses lovlig, men antar at det *”i et vist omfang accepteres i praksis”*.<sup>190</sup>

Etter en konkret helhetsvurdering av de ulike rettskildefaktorene, taler det meste for at de formelle reglene i asl. § 8-2 er preseptoriske. Rettskildeargumentene fra svensk og dansk rett kan ikke tillegges så stor vekt at løsningen på spørsmålet får et annet utfall, til tross for store likheter mellom asl. § 8-2 og de tilsvarende nordiske bestemmelsene. Svensk teori bygger bl.a. på andre forarbeider og annen rettspraksis enn norsk rett. Konklusjonen om at ABL 12:3 første ledd annet punktum er fravikelig ved

---

<sup>186</sup> Lindskog 1994 s. 71 flg., Nerep 1994 s. 196 flg. og Rodhe 2002 s. 105 flg.

<sup>187</sup> SOU 1997:168 s. 67 og NJA 1995 s. 742.

<sup>188</sup> Werlauff 1983 s. 109 og 191.

<sup>189</sup> Lindskog 1994 s. 79.

<sup>190</sup> Werlauff 1983 s. 109.

enstemmighet fra aksjeeierne, synes å være basert på et forholdsvis tynt rettskildegrunnlag. Det finnes ikke noe klart prejudikat fra svensk rettspraksis, verken fra lavere instanser eller Högsta domstolen, som uttrykkelig fastslår at synspunktet er korrekt.

Det mest tungtveiende argumentet for at bestemmelsen er preseptorisk, er etter min mening at asl. § 8-2 har en ikke ubetydelig side til kreditorvernet. Styret har som nevnt ansvaret for å ivareta kreditorenes interesse gjennom forsvarlighetsvurderingen, som skal foretas før utbytteforslaget fremlegges og utbyttebeløpet godkjennes.

Den rettskildemessige betydningen av Rt 1929 s. 503 er etter mitt syn overdrevet.

Dommen er gammel og uklar. Den er i teorien kun antatt å gjelde og synspunktet er ikke fulgt opp i senere praksis. Det kan likevel ikke utelukkes at domstolene igjen vil komme til at asl. § 8-2 kan fravikes ved enstemmighet fra aksjeeierne, forutsatt at kreditorvernet er ivaretatt.

At asl. § 8-2 er preseptorisk støttes også indirekte av klar skatterettslig praksis. I henhold til rettspraksis medfører brudd på bestemmelsen at utbyttet anses skatterettslig ulovlig, og ilegges 28 % skatt i tillegg til tapt godtgjørelse.<sup>191</sup> Slutningen baseres på at en utbytteutdeling som er ulovlig aksjerettslig i utgangspunktet også er skatterettslig ulovlig, jf. punkt 4.2.

Finansdepartementet har i Utv. 1994 s. 1435 understreket at formkravene gjelder like mye uansett størrelsen på selskapet. Noe unntak for "lovlig" maskert utbytte i små selskaper, slik tilfellet er i svensk rettspraksis, er det derfor neppe rom for i norsk rett.<sup>192</sup> Som følge av at asl. § 8-2 er preseptorisk, må maskert utbytte som hovedregel anses ulovlig etter norsk rett. I tråd med konklusjonen, og til forskjell fra svensk og dansk rett, antas det at god tro-regelen i asl. § 3-7 første ledd annet punktum ikke gjelder for maskert utbytte.<sup>193</sup> Det gjelder en ubetinget restitusjonsplikt for maskerte utdelinger

---

<sup>191</sup> Utv. 1996 s. 179 og Utv. 1997 s. 697 SFS.

<sup>192</sup> Nerep 1994 s. 202. I svensk rett anvendes god-tro regelen analogisk på maskert utbytte, jf. "Suecia"-dommen og NJA 1990 s. 343. Det er uenighet i teorien jf. Andersson 2000 s. 104. I dansk rett mener Krüger Andersen (1997) at god tro-vernet omfatter åpne og maskert utbytte jf. U 1997 p. 444H.

<sup>193</sup> Innst. 1970 s. 173.

som ikke er forsøkt knyttet opp mot utbyttereglerne. Med andre ord er det kun formelle utbytteutdelinger som vernes av bestemmelsen, og som anerkjennes av lovgiveren. Rettstilstanden er imidlertid noe usikker. Etter min mening er det lite hensiktsmessig å gi god tro regelen anvendelse på maskert utbytte. Dette ville oppmuntre selskapet til å omgå lovverket.

Kausalitetskravet gjelder ikke ved tolkningen av asl. § 8-2, fordi bestemmelsen er preseptorisk. Reparasjon og godkjennelse i ettertid er derfor heller ikke mulig. Ethvert brudd på bestemmelsen vil etter regelens natur ha betydning for kreditorinteressen. Utbytteutdelinger i strid med asl. § 8-2 utsetter kreditorene og minoritetsaksjeeierne for økonomisk tap, og aktualiserer tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum fordi de er ulovlige.

Typetilfeller:

Selger styret eller daglig leder selskapets faste eiendom til aksjeeieren til underpris, uten at generalforsamlingen har vedtatt en foregående utbyttebeslutning, vil utbyttet være ulovlig.

Styret eller daglig leder kan ikke binde selskapet ved seg imellom å avtale en ordning om utbytteutdeling, som fratar generalforsamlingen kompetansen den er tillagt etter asl. § 8-2.

Delegerer generalforsamlingen kompetansen til å treffe utbyttebeslutning til styret eller daglig leder, vil enhver utbytteutbetaling fra de andre selskapsorganene være ulovlig.

Deler generalforsamlingen ut et beløpsmessig høyere utbytte enn det styret har foreslått eller godtar, anses utbyttet ulovlig. Et eksempel er at styret ikke vil godta mer enn 15 % av den frie egenkapitalen i utbytte, mens generalforsamlingen mener det fint kan deles ut 20 % før forsiktighetsprinsippet trås for nært. Et annet eksempel er at styret mener det ikke foreligger grunnlag for utbytte etter asl. § 8-1 i det hele tatt, mens generalforsamlingen er av motsatt oppfatning.

Er generalforsamlingens ønske om hva som er forsvarlig å dele ut i strid med styrets forslag og hva det vil godkjenne, må majoriteten eventuelt kreve utskiftning av styret.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> Asl. § 6-7 annet ledd, NOU 1996:3 s. 155.

Det nye styret som velges må være av lik oppfatning som generalforsamlingen mht. utbyttespørsmålet, hvis ønsket skal få gjennomslag og utbyttet anses lovlig.

Et spørsmål er om valg av nytt styre kan foretas på samme generalforsamling som uenigheten oppstod. I utgangspunktet må valg av nytt styre/styremedlemmer være oppført som egen sak i innkallingen til generalforsamlingen for at dette skal være mulig. Unntak gjelder hvis styremedlemmer er på valg på generalforsamlingen som behandler utbyttespørsmålet.



## 8 LITTERATURLISTE

- Aarbakke/Aarbakke Magnus Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*, 1. utgave ajourført opplag Oslo 2000, ISBN 82-518-3770-7
- Aarbakke/Aarbakke Magnus Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*, 2. utgave Oslo 2004, ISBN 82-15-00536-5
- Aarum Kristin Normann Aarum, *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskap*, Oslo 1994, ISBN 82-417-0390-2
- Andenæs Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave Oslo 1998, ISBN 82-91064-12-1
- Andersson Jan Andersson, *Om vinstutdelning från aktiebolag*, Uppsala 1995, ISBN 91-7678-297-2
- Andersson Jan Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 3. utgave Stockholm 2000, ISBN 91-973170-5-5
- Andersson m.fl. Sten Andersson, Svante Johansson og Rolf Skog, *Aktiebolagslagen – En kommentar. Del II, 10-19 kap.*, Stockholm 2003, ISBN 91-39-00752-9
- Augdahl Per Augdahl, *Aksjeselskapet efter norsk rett*, 3. utgave Oslo 1959, (90PF00919)
- Berge m.fl. Stig Berge, Hilde L. Krogh og Anne T. Tjølsen, Den norske Revisorforening, *Utbytte*, Oslo 2002, ISBN 82-7082-150-0

|                            |   |
|----------------------------|---|
| Bråthen                    | Tore Bråthen, <i>De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper</i> , Lov og Rett nr. 7/1997 s. 515 flg.  |
| Bråthen                    | Tore Bråthen, <i>Selskapsrett</i> , Oslo 2002, ISBN 82-592-0037-6   |
| Bråthen til Nørgaard       | Tore Bråthen, <i>Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett</i> , i <i>Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard</i> , s. 875 flg., København 2003, ISBN 87-574-0590-5   |
| Bråthen                    | Tore Bråthen, <i>Styremedlem og aksjonær</i> , Bergen 2004, ISBN 82-450-0137-6  |
| Den norske Revisorforening | Den norske Revisorforening, <i>Egenkapitaltransaksjoner</i> , 2. utgave Oslo 2002, ISBN 82-7082-161-6   |
| Eckhoff                    | Torstein Eckhoff, <i>Rettskildelære</i> , 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2000, ISBN 82-518-3988-2  |
| Giertsen                   | Johan Giertsen, <i>Generasjonsskifte</i> , Oslo 1995, ISBN 82-00-22361-2  |
| Giertsen                   | Johan Giertsen, <i>Fusjon og fisjon</i> , Bergen 1999, ISBN 82-00-12738-9   |
| Giertsen                   | Johan Giertsen, <i>Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse</i> , JV nr. 4/2003 s. 249 flg. Jura & Historie om svensk og dansk rett på området: Festskrift til Inger Dübeck, København 2003, ISBN 87-574-0831-9 |
| Gjems-Onstad               | Ole Gjems-Onstad, <i>Norsk Bedriftsskatterett</i> , 6. utgave Oslo 2003, ISBN 82-05-30849-7   |
| Gjems-Onstad               | Ole Gjems-Onstad, <i>Lovavdeling, selskapsrett og reelle hensyn</i> , Lov og Rett nr. 3/2004 s. 129 flg.  |
| Huser                      | Kristian Huser, <i>Gjeldsforhandling og konkurs</i> , bind 3 Omstøtelse, Bergen 1992, ISBN 82-991243-3-6  |

|                            |  |
|----------------------------|--|
| Keiserud                   | Thomas Keiserud [red.] Konkursrådet,<br><i>Konkurs i praksis, Rettsvirkningene av ulovlig utdeling fra aksjeselskaper</i> , Oslo 2000 s. 467 flg., G-0279 B  |
| Knudsen                    | Knud Jacob Knudsen, <i>Betydningen av brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler</i> , NTS nr. 2/2004 s. 165 flg.  |
| Konkursrådet               | Konkursrådet, <i>Konkurs i praksis</i> , Oslo 2000, G-0279 B   |
| Krüger Andersen            | Paul Krüger Andersen, <i>Aktie- og anpartsselskabsret</i> , 5. utgave København 1997, ISBN 87-16-16129-7   |
| Krüger Andersen til Lassen | Paul Krüger Andersen, <i>Om nordisk harmonisering på aktieselskabsretsområdet</i> , Ånd og Rett: Festskrift til Birger S. Lassen på 70 årsdagen, s. 41 flg., red. Magnus Aarbakke m.fl., Oslo 1997, ISBN 82-00-12697-8 |
| Lindskog                   | Stefan Lindskog, <i>Aktiebolagslagen 12:e og 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation</i> , Stockholm 1994, ISBN 91-7598-641-8   |
| Løvdal                     | Elin Mack Løvdal, <i>Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5</i> , TtF nr. 4/2003 s. 472 flg.  |
| Matre                      | Hugo P. Matre, <i>Årsregnskapet som skranke for utdeling av utbytte og tilknyttede disposisjoner</i> , NTS nr. 2/2002 s. 161 flg.  |
| Matre                      | Hugo P. Matre, <i>Motregning av aksjonærlån med utbytte</i> , TtF nr. 1/2003 s. 12 flg.  |
| Nerep                      | Erik Nerep, <i>Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet</i> , Stockholm 1994, ISBN 91-7598-649-3  |
| Perland                    | Olav Fr. Perland, <i>Kapitalbeskyttelse for enhver pris?</i> , TtF nr. 4/2004 s. 526 flg.  |

|                    |   |
|--------------------|---|
| Rodhe              | Kurt Rodhe, Rolf Skog, <i>Aktiebolagsrätt</i> , 20. utgave Stockholm 2002, ISBN 91-39-20302-6   |
| Schans Christensen | Jan Schans Christensen, <i>Kapitalselskaber, Aktie- og anpartsselskabsret</i> , 1. utgave København 2003, ISBN 87-619-0545-3  |
| Schjødt            | Advokatfirmaet Schjødt, <i>Domssamling i aksjeselskapsrett</i> , Oslo 1996, ISBN 82-7513-040-9  |
| Skog               | Rolf Skog, <i>En ny svensk aktiebolagslag</i> , NTS nr. 1/2001 s. 48 flg.   |
| Skåre              | Jan Skåre, <i>Det nordiske aksjelovsamarbeidet</i> , TfR nr. 4/1988 s. 606 flg.   |
| Skåre og Knudsen   | Jan Skåre og Gudmund Knudsen, <i>Lov om aksjeselskaper med kommentarer</i> , 3. utgave Oslo 1991, ISBN 82-518-2279-3  |
| Schwencke          | Hans R. Schwencke [red.] Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad, <i>Regnskapsrettens betydning for utdeling av utbytte i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Moderne Forretningsjus</i> , s. 144 flg., Oslo 2001, ISBN 82-05-28110-6 |
| Sundby             | Anne Cathrine Sundby, <i>EUs arbeid med modernisering av selskapsretten</i> , TfF nr. 4/2003 s. 427 flg.  |
| Werlauff           | Erik Werlauff, <i>Generalforsamling og beslutning</i> , Herning 1983, ISBN 87-88109-54-2  |
| Werlauff           | Erik Werlauff, <i>Selskabsmasken</i> , København 1991, ISBN 87-12-01757-4   |
| Werluff            | Erik Werlauff, <i>EU-Selskabsret</i> , 2. utgave København 1999, ISBN 87-574-5564-3   |
| Woxholth           | Geir Woxholth, <i>Selskapsrett</i> , 1. utgave Oslo 2004, ISBN 82-05-32907-9  |

|             |  |
|-------------|--|
| Zimmer/BAHR | Fredrik Zimmer i samarbeid med BAHR advokatfirma, <i>Bedrift, Selskap og skatt</i> , 3. utgave Oslo 2001, ISBN 82-518-4038-4 |
| Zimmer      | Fredrik Zimmer, <i>Lærebok i skatterett</i> , Oslo 2001, ISBN 82-15-00135-1  |
| Zimmer      | Fredrik Zimmer, <i>Bedrift, selskap og skatt</i> , 3. utgave Oslo 2003, ISBN 82-13-02136-3                                   |

#### Elektroniske dokumenter:

<http://www.konkursradet.no/art.>

Karnov, Norsk lovkommentar

Ingvill Helstad, *Styrets handleplikt ved tap av egenkapital*, Konkursrådets hjemmesider [...]

Hugo P. Matre, kommentarer til asl. kap. 8-21, á jour 1. august 2004

## 9 FORKORTELSER

|        |  |
|--------|--|
| Bl.a.  | Blant annet  |
| Dvs.   | Det vil si   |
| F.eks. | For eksempel   |
| Flg.   | Følgende   |
| Hhv.   | Henholdsvis  |
| Jf.    | Jamfør   |
| M.fl.  | Med flere  |
| Mht.   | Med hensyn til   |
| O.l.   | Og lignende  |
| Pga.   | På grunn av  |
| Utv.   | Utvalget: Dommer, uttalelser m.v. i skatte spørsmål og skattesaker |

|      |                                     |
|------|-------------------------------------|
| JV   | Jussens venner                      |
| TfR  | Tidsskrift for Rettsvitenskap       |
| TfF  | Tidsskrift for Forretningsjus       |
| NTS  | Nordisk tidsskrift for selskapsrett |
| ABL  | (Den svenske) Aktiebolagslagen      |
| DAL  | (Den danske) Aktieselskabsloven     |
| DAPL | (Den danske) Anpartsselskabsloven   |

## 10 LOVREGISTER

### Norske lover:

|                           |   |
|---------------------------|---|
| Aksjeloven (asl.)         | Lov om aksjeselskaper 13 juni 1997 nr. 44                 |
| Allmennaksjeloven (asal.) | Lov om allmennaksjeselskap 13 juni 1997 nr. 45            |
| Dekningsloven (deknl.)    | Lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr. 59 |
| Konkursloven (kkl.)       | Lov om gjeldsforhandling og konkurs 8. juni 1984 nr. 58   |
| Regnskapsloven (rskl.)    | Lov om årsregnskap m.v. 17. juli 1998 nr. 56              |
| Revisorloven (revl.)      | Lov om revisjon og revisorer 15. januar 1999 nr. 2        |
| Skatteloven (sktl.)       | Lov om skatt av formue og inntekt 26. mars 1999 nr. 14    |

### Nordiske lover:

|      |   |
|------|---|
| ABL  | Aktiebolagslagen (1975:1385)                  |
| DAL  | Lov om aktieselskaber 4. juni 1976 nr. 59     |
| DAPL | Lov om anpartsselskaber 13. juni 1973 nr. 371 |

## 11 FORARBEIDER

### Norges offentlige utredninger:

|             |                       |
|-------------|-----------------------|
| NOU 1996:3  | Ny aksjelovgivning    |
| NOU 1992:29 | Lov om aksjeselskaper |

### Odelstingsproposisjoner:

|                            |   |
|----------------------------|---|
| Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) | Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) |
| Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) | Om lov om aksjeselskaper  |
| Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) | Om lov om aksjeselskaper  |

### Innstillinger til Odelstinget:

|                              |  |
|------------------------------|--|
| Innst. O. nr. 80 (1996-1997) | Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) og om endringar i anna lovgjeving som følgje av ny aksjelovgjeving m.m. |
| Innst. O. nr. 45 (1994-1995) | Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper  |
| Innst. O. nr. 50 (1975-1976) | Innstilling frå justiskomiteen om lov om aksjeselskaper  |
| Innst. 1970                  | Utkast til lov om aksjeselskaper   |
| Innst. 1947                  | Innstilling fra Aksjelovkomiteen 1947. Utkast til lov om aksjeselskaper  |

### Sveriges offentlige utredninger:

|              |                                |
|--------------|--------------------------------|
| SOU 2001:1   | Om ny aktiebolagslag           |
| SOU 1997:168 | Om vinstutdelning i aktiebolag |

## **12 DOMSREGISTER**

### **Norsk Retstidende (Rt):**

Rt 2003 s. 1501

Rt 2000 s. 2033 ("Sundal Collier")

Rt 1998 s. 1042

Rt 1997 s. 931

Rt 1997 s. 1430

Rt 1997 s. 1623

Rt 1996 s. 346

Rt 1995 s. 1026 ("Sandakergården AS")

Rt 1995 s. 638

Rt 1994 s. 912

Rt 1993 s. 1518

Rt 1989 s. 545

Rt 1981 s. 990

Rt 1979 s. 770

Rt 1974 s. 1056

Rt 1957 s. 257

Rt 1939 s. 699

Rt 1938 s. 262

Rt 1937 s. 59

Rt 1936 s. 510

Rt 1935 s. 713

Rt 1933 s. 1080

Rt 1929 s. 503

Rt 1928 s. 540

### **Utvalget (Utv.):**

Utv. 2003 s. 796

Utv. 1997 s. 697 SFS

Utv. 1996 s. 179

Utv. 1996 s. 93 URD

Utv. 1994 s. 1435



Utv. 1981 s. 457

Utv. 1969 s. 131 URD

**Rettens Gang (RG):**

RG 1992 s. 707 (Karmsund)

**Upubliserte dommer:**

HR-2005-00181-A [Lovdata online]. Norges Høyesterett – Dom. 2005-02-02

LE-2001-00412 [Lovdata online]. Eidsivating lagmannsrett – Dom. 2002-02-05

LE-1988-00277 [Lovdata online]. Eidsivating lagmannsrett – Dom. 1990-10-22

LB-1995-01556 [Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 1998-05-29

(“Norion Bank”)

TOSLO-2002-07892 [Lovdata online]. Oslo tingrett – Dom. 2003-03-20

**Nytt juridisk arkiv (NJA):**

NJA 1997 s. 418

NJA 1995 s. 742

NJA 1995 s. 418

NJA 1990 s. 343

NJA 1980 s. 311

NJA 1976 s. 618

NJA 1951 s. 6 (“Suecia”)

NJA 1920 s. 231

**Ugeskrift for Retsvæsen (U):**

U 1997 p. 444 H

